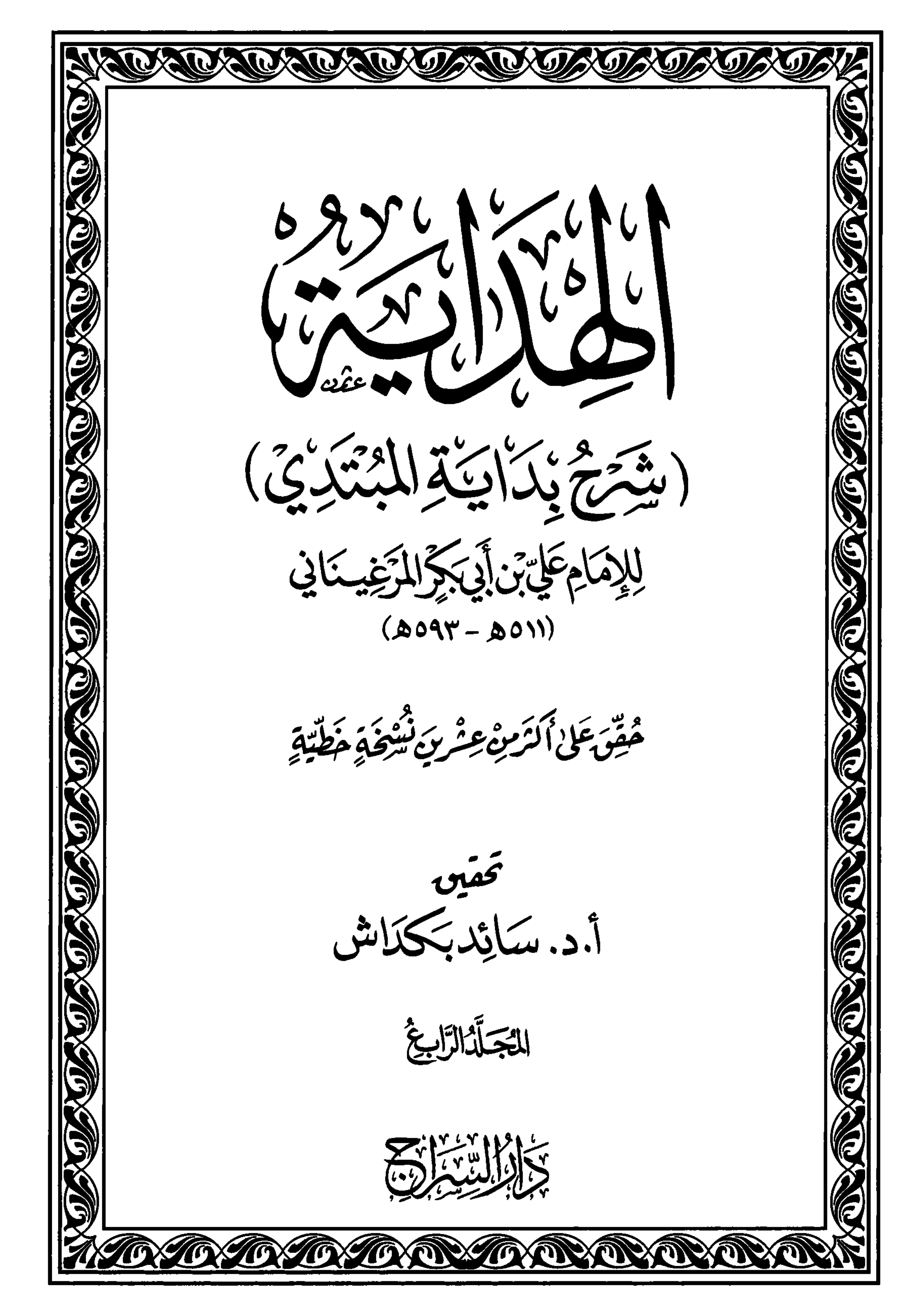


الهداية

(شرح بداية المبتدي)

للإمام علي بن أبي بكر المرغيناني

(٥١١هـ - ٥٩٣هـ)

حقق على أكثر من عشرين نسخة خطية

تحقيق

أ.د. سائد بكداش

المجلد الرابع

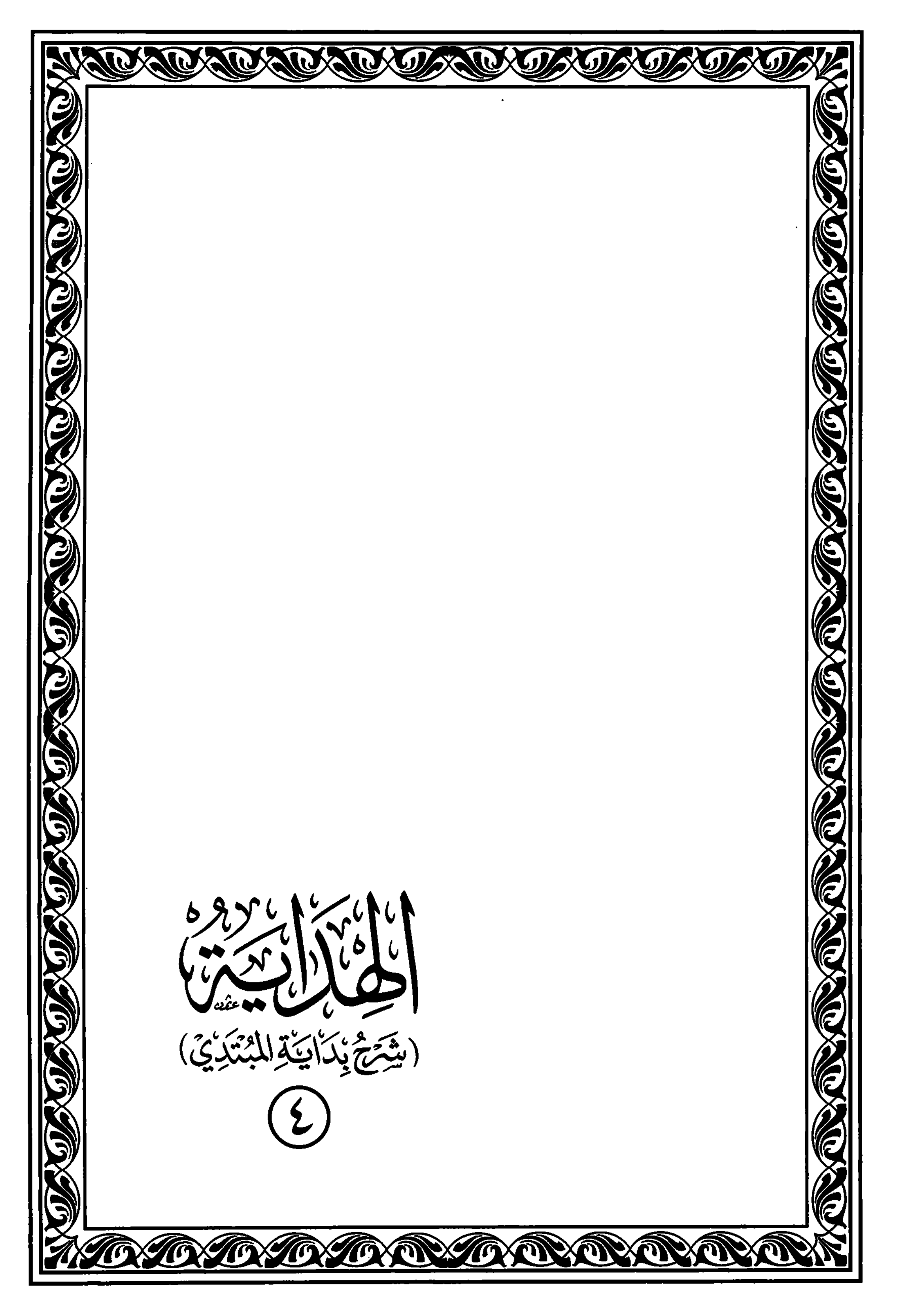
دار السراج



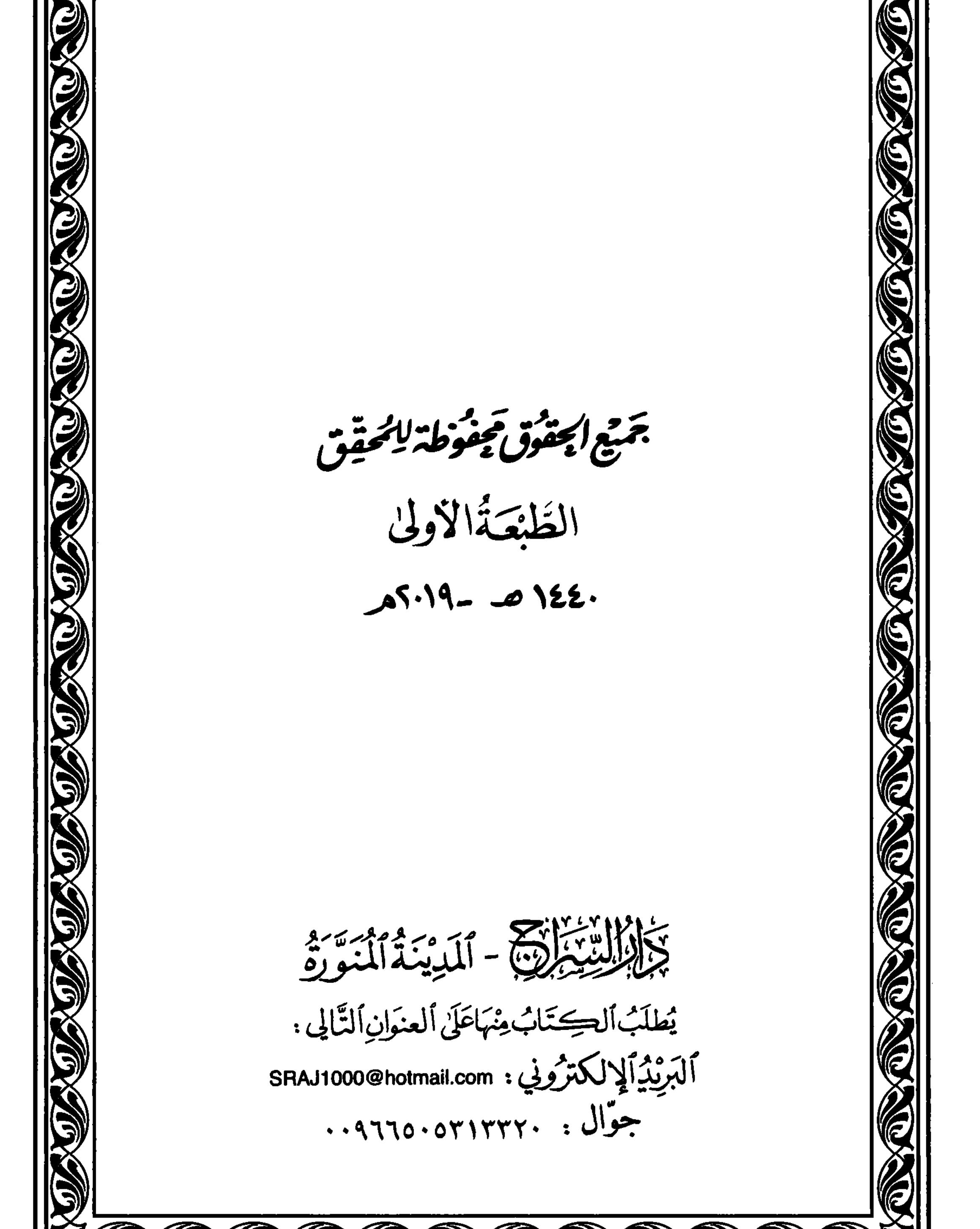
هدايتُنا هذه قد غَدَتْ　　طِرازاً لِمَذْهَبِنا المُذْهَبِ

فألفاظُها دُرَرٌ كُلُّها　　وما مِثلُها قَطُّ في مَذْهَبِ

(زُيِّنَت بهذَيْن البيتَيْن غُرَّةُ نسخة ٧٣٢هـ)



الهداية
(شرح بداية المبتدي)
٤



الطبعة الأولى

١٤٤٠ هـ - ٢٠١٩م

دار السراج - المدينة المنورة

يطلب الكتاب منها على العنوان التالي :

البريد الإلكتروني : SRAJ1000@hotmail.com

جوّال : ٠٠٩٦٦٥٠٥٣١٣٣٢٠

كتاب الحُدُود

الزنا يثبتُ بالبيِّنة، والإقرار.

كتاب الحُدُود

قال رحمه الله: الحَدُّ لغةً: هو المَنْعُ، ومنه: الحَدَّادُ: للبوَّاب.

وفي الشريعة: هو العقوبةُ المقدَّرةُ، حقّاً لله تعالىٰ، حتىٰ لا يُسمَّىٰ القِصَاصُ حَدّاً؛ لِمَا أنه حَقُّ العبدِ، ولا التعزيرُ؛ لعدم التقدير.

والمَقْصَدُ الأصليُّ مِن شَرْعِه: الانزجارُ عما يَتَضَرَّرُ به العبادُ.

والطُّهْرةُ[1] ليست أصليةً فيه، بدليل شَرْعِه في حقِّ الكافر.

باب حد الزنا

قال: (الزنا يثبتُ بالبيِّنة، والإقرارِ).

والمرادُ: ثبوتُه عند الإمام؛ لأن البيِّنةَ دليلٌ ظاهرٌ.

وكذا الإقرارُ؛ لأن الصِدْقَ فيه مرجَّحٌ[2]، لا سيما فيما يَتعلَّقُ بثبوته، مَضرَّةٌ ومَعَرَّةٌ[3].

والوصولُ إلىٰ العلمِ القطعيِّ: متعذِّرٌ، فيُكتفَىٰ بالظاهر.

---

(١) أي من الذنوب.

(٢) أي علىٰ الكذب.

(٣) أي ضررٌ ظاهرٌ، متصلٌ ببدن المُقِرِّ، من إجراء الحدِّ عليه، وعارٌ يلحَقُه بانتسابه إلىٰ الزنا. البناية ٣١٩/٨.

فالبيِّنةُ : أن يشهَدَ أربعةٌ من الشهود علىٰ رجلٍ أو امرأةٍ بالزنا .

وإذا شهدوا : يسألُهمُ الإمامُ عن الزنا ، ما هو؟ وكيف هو؟ وأين زنىٰ؟ ومتىٰ زنىٰ؟ وبمَن زنىٰ؟

قال: (فالبيِّنةُ: أن يشهَدَ أربعةٌ من الشهود علىٰ رجلٍ أو امرأةٍ بالزنا)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿فَٱسْتَشْهِدُواْ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ﴾. النساء/١٥.

وقال الله تعالىٰ: ﴿ ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ ﴾. النور/٤.

وقال عليه الصلاة والسلام للذي قَذَفَ امرأته: «ائتِ بأربعةٍ يَشهدون علىٰ صِدْقِ مقالَتِكَ»[١].

ولأن في اشتراطِ الأربعةِ تحقيقَ معنىٰ السَّتْرِ، وهو مندوبٌ إليه[٢]، والإشاعةُ: ضدُّه.

قال: (وإذا شهدوا: يسألُهمُ الإمامُ عن الزنا، ما هو؟ وكيف هو؟ وأين زنىٰ؟ ومتىٰ زنىٰ؟ وبمَن زنىٰ؟).

ولأنَّ النبي عليه الصلاة والسلام استفسر ماعِزاً رضي الله عنه عن الكيفية، وعن المَزنِيَّة[٣].

---

(١) قال في الدراية ٤/٩٤: لم أجده هكذا، وبلفظ قريب عند أبي يعلىٰ (٢٨٢٤): «أربعة شهود، وإلا فحدٌّ في ظهرك»، وبمعناه في صحيح البخاري (٢٦٧١).

(٢) في أحاديث عدة، منها: «ومَن سَتَرَ مسلماً: سَتَرَه الله»: في صحيح مسلم (٢٦٩٩)، الدراية ٢/٩٤.

(٣) كما في سنن أبي داود (٤٤١٩، ٤٤٢٨)، وسكت عنهما، سنن النسائي (٧١٦٥) ، وينظر الدراية ٢/٩٤.

فإذا بيَّنوا ذلك، وقالوا: رأيناه وَطِئَها في فَرْجِها كالمِيْل في المُكْحُلَة، وسأل القاضي عنهم، فعُدِّلوا في السِّرِّ والعلانِيَة: حكَمَ بشهادتهم.

ولأنَّ الاحتياطَ في ذلك واجبٌ[1]؛ لأنه عَسَاه: غيرَ الفعلِ في الفَرْجِ عَنَاه، أو زنىً في دار الحرب، أو في المتقادِمِ من الزمان، أو كانت له شبهةٌ لا يَعرفُها هو، ولا الشهودُ، كوطءِ جاريةِ الابنِ، فيُستقصَىٰ في ذلك؛ احتيالاً للدرء.

قال: (فإذا بيَّنوا ذلك، وقالوا: رأيناه وَطِئَها في فَرْجِها كالمِيْل في المُكْحُلَة، وسأل القاضي عنهم، فعُدِّلوا في السِّرِّ والعلانِيَة: حكَمَ بشهادتهم).

ولم يكْتَفِ بظاهر العدالة[2] في الحدود؛ احتيالاً للدرء.

قال عليه الصلاة والسلام: «ادرؤوا الحدودَ ما استطعتم»[3].

بخلاف سائرِ الحقوقِ عند أبي حنيفة رحمه الله.

---

(١) وفي نُسخة ٧٣١هـ: شرطٌ.

(٢) وهو الإسلام.

(٣) قال في الدراية ٢/٩٤: بلفظ: «ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم»: في سنن الترمذي (١٤٢٤)، وتُكلِّم في سنده، سنن البيهقي (١٧٠٥٧)، وله طرق عدة، ينظر نصب الراية ٣/٣٠٩، و ٣٣٣.

لكن قال العلامة قاسم في التعريف والإخبار ٣/١٦١، ومنية الألمعي ص٣٩٢: حديث الكتاب رواه الإمام أبو حنيفة في مسند الحارثي. اهـ، وإسناده صحيح، قد تلقَّته الأمةُ بالقبول، ينظر فتح القدير لابن الهمام ٥/٣٢، أثر الحديث الشريف في اختلاف الأئمة الفقهاء ص ٢١٣.

والإقرارُ: أن يُقِرَّ البالغُ، العاقلُ علىٰ نفسِه بالزنا أربعَ مراتٍ، في أربعةِ مجالسَ من مجالسِ المُقِرِّ، كلَّما أَقَرَّ: ردَّه القاضي.

وتعديلُ السرِّ والعلانِيَة نُبَيِّنُه في الشهادات إن شاء الله تعالىٰ.

قال في «الأصل»: يَحبِسُه حتىٰ يسألَ عن الشهود؛ للاتهام بالجناية، وقد حَبَسَ رسولُ الله عليه الصلاة والسلام رجلاً بالتهمة[1].

بخلاف الديون، حيث لا يُحبَسُ فيها قبلَ ظهورِ العدالة، وسيأتيكَ الفرقُ إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (والإقرارُ: أن يُقِرَّ البالغُ، العاقلُ علىٰ نفسِه بالزنا أربعَ مراتٍ، في أربعةِ مجالسَ من مجالسِ المُقِرِّ، كلَّما أَقَرَّ: ردَّه القاضي).

فاشتراطُ البلوغ، والعقل: لأن قولَ الصبيِّ والمجنونِ غيرُ معتَبَرٍ، أو هو غيرُ موجِبٍ للحد.

واشتراطُ الأربع: مذهبُنا.

وعند الشافعيِّ[2] رحمه الله: يُكتفَىٰ بالإقرار مرةً واحدةً؛ اعتباراً بسائر الحقوق، وهذا لأنه مُظهِرٌ، وتكرارُ الإقرار لا يفيدُ زيادةَ الظهور، بخلاف زيادةِ العددِ في الشهادة.

---

(١) سنن أبي داود (٣٦٣٠)، سنن الترمذي (١٤١٧)، وقال: حديثٌ حسنٌ، الدراية ٢/٩٥.

(٢) مغني المحتاج ٤/١٥٠.

. . . .

ولنا: حديثُ ماعِزٍ رضي الله عنه، فإنه عليه الصلاة والسلام أخَّر إقامةَ الحدِّ[١] إلىٰ أن تَمَّ الإقرارُ منه أربعَ مراتٍ، في أربعةِ مجالس[٢].

فلو ظَهَرَ بما دونها: لَمَا أخَّرَها لثبوت الوجوب.

ولأن الشهادةَ اختَصَّتْ فيه بزيادة العددِ، فكذا الإقرارُ؛ إعظاماً لأمر الزنا، وتحقيقاً لمعنىٰ السَّتْر.

ولا بدَّ من اختلافِ المجالِسِ[٣]: لِمَا روينا.

ولأنَّ لاتِّحادَ المجلسِ أثَراً في جَمْعِ المتفرِّقات، فعند ذلك[٤]: تتحقَّقُ شبهةُ الاتحادِ في الإقرارِ، والإقرارُ قائمٌ بالمقِرِّ، فيُعتبرُ اتحادُ[٥] مجلسِه[٦]، دون مجلسِ القاضي.

والاختلافُ: بأن يَرُدَّه القاضي كلَّما أقرَّ، فيذهَبَ حيثُ لا يراه، ثم يجيءَ فيُقِرَّ، هو المَرْوِيُّ عن أبي حنيفة رحمه الله.

---

(١) وفي نُسخ: أخَّر الإقامةَ.

(٢) صحيح البخاري (٦٨١٥)، صحيح مسلم (١٦٩٢).

(٣) أي في الإقرار.

(٤) أي عند اتحاد المجلس.

(٥) وفي نُسخ: اختلاف. وقد ذكر العيني في البناية ٣٢٨/٨ هذا الاختلاف بين النُّسخ، ولم يرجِّح بينها.

(٦) أي مجلس المقر.

فإذا تمَّ إقرارُه أربعَ مراتٍ : سأله عن الزنا، ما هو؟ وكيف هو؟ وأين زنىٰ؟ وبمَن زنىٰ؟؟، فإذا بيَّن ذلك : لَزِمَه الحَدُّ.

فإن رَجَعَ المُقِرُّ عن إقراره قبلَ إقامةِ الحَدِّ عليه، أو في وَسَطِه : قُبِلَ رجوعُه، وخُلِّيَ سبيلُه.

لأنه عليه الصلاة والسلام طَرَدَ ماعزاً رضي الله عنه في كلِّ مرةٍ، حتىٰ توارىٰ بحِيطان المدينة[1].

قال: (فإذا تمَّ إقرارُه أربعَ مراتٍ: سأله عن الزنا، ما هو؟ وكيف هو؟ وأين زنىٰ؟ وبمَن زنىٰ؟[2]؟، فإذا بيَّن ذلك: لَزِمَه الحَدُّ)؛ لتمام الحُجَّة.

ومعنىٰ السؤالِ عن هذه الأشياء بيَّنَّاه في الشهادة.

ولم يَذْكُرِ[3] السؤالَ فيه عن الزمان، وذَكَرَه في الشهادة: لأن تقادُمَ العهدِ يمنعُ الشهادةَ، دون الإقرار، وقيل: لو سأله: جاز؛ لجواز أنه زنىٰ في صِبَاه.

قال: (فإن رَجَعَ المُقِرُّ عن إقراره قبلَ إقامةِ الحَدِّ عليه، أو في وَسَطِه: قُبِلَ رجوعُه، وخُلِّيَ سبيلُه).

---

(١) قال في الدراية ٢/٩٦: لم أجده، لكن بمعناه عند ابن حبان (٤٤٠٠).

(٢) توجد في هذا الموضع زيادةُ جملةٍ فيها السؤال عن الزمان، وهي: (ومتىٰ زنىٰ؟): مثبتةٌ في نُسَخٍ من بداية المبتدي، دون نسخٍ أخرىٰ، ينظر بداية المبتدي ص٣٤٢، وسيأتي الآن كلامٌ للمصنِّف عنها.

(٣) أي الإمام القدوري رحمه الله. البناية ٨/٣٢٩، قلتُ: ولكن نُسَخَ القدوري الخطية جاءت هكذا، وهكذا، وينظر اللباب ٤/٤٥٤، وكذلك بداية المبتدي، كما نبهتُ إلىٰ هذا في الحاشية السابقة.

ويُستحبُّ للإمام أنْ يُلقِّنَ المُقِرَّ الرجوعَ، فيقولَ له: لعلَّك لَمَسْتَ، أو قبَّلْتَ.

وقال الشافعي[١] رحمه الله، وهو قولُ ابنِ أبي ليلىٰ[٢] رحمه الله: يُقيمُ عليه الحَدَّ؛ لأنه وَجَبَ الحَدُّ بإقراره، فلا يَبطلُ برجوعه وإنكارِه، كما إذا وَجَبَ بالشهادة، وصار كالقصاصِ وحَدِّ القذف.

ولنا: أن الرجوعَ خَبَرٌ محتمِلٌ للصدق، كالإقرار، وليس أحدٌ يُكذِّبُه فيه، فتتحقَّقُ الشبهةُ في الإقرار.

بخلاف ما فيه حَقُّ العبدِ، وهو القصاصُ، وحَدُّ القذف؛ لوجود مَن يُكذِّبُه، ولا كذلك ما هو خالِصُ حَقِّ الشرع.

قال: (ويُستحبُّ للإمام أنْ يُلقِّنَ المُقِرَّ الرجوعَ، فيقولَ له: لعلَّك لَمَسْتَ، أو قبَّلْتَ)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام لمَاعِزٍ رضي الله عنه: «لعلكَ لَمَسْتَها، أو قبَّلتَها»[٣].

قال في «الأصل»: وينبغي أن يقولَ له الإمامُ: لعلك تزوجتَها، أو وطئتَها بشبهةٍ، وهذا قريبٌ من الأول في المعنىٰ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) بل قوله كالحنفية يُقبل رجوعه، ويسقط الحد. الحاوي الكبير ١٢/ ٢١٠.

(٢) الإمام محمد بن عبد الرحمن، الشهير بابن أبي ليلىٰ، ت١٤٨هـ.

(٣) في المستدرك (٨٠٧٧): «لعلك قبَّلتَها؟ قال: لا، قال: فمسستها؟ قال: لا»، وعند البخاري في صحيحه (٦٨٢٤): «لعلك قبَّلتَ أو غَمَزْتَ أو نظرتَ».

فصلٌ
في كيفية الحَدِّ، وإقامتِه

وإذا وَجَبَ الحَدُّ، وكان الزاني محصَناً: رَجَمَه بالحجارةِ حتىٰ يموتَ.

ويُخرِجُه إلىٰ أرضٍ فَضاءٍ، ويَبتدئُ الشهودُ برَجْمه، ثم الإمامُ، ثم الناسُ.

فصلٌ
في كيفية الحَدِّ، وإقامتِه

قال: (وإذا وَجَبَ الحَدُّ، وكان الزاني محصَناً: رَجَمَه[1] بالحجارةِ حتىٰ يموتَ)؛ لأنه عليه الصلاة والسلام رَجَمَ ماعِزاً رضي الله عنه وقد أَحْصَنَ[2].

وقال في الحديث المعروف: «وزِناً بعد إحصان»[3].

وعلىٰ هذا إجماعُ الصحابة رضي الله تعالىٰ عنهم[4].

قال: (ويُخرِجُه إلىٰ أرضٍ فَضاءٍ، ويَبتدئُ الشهودُ برَجْمه، ثم الإمامُ، ثم الناسُ)، كذا رُوي عن عليٍّ رضي الله عنه[5].

---

(١) أي الإمامُ أو القاضي.

(٢) وفي نُسخ بالمبني للمجهول: أُحْصِنَ. صحيح البخاري (٥٢٧٠، ٦٨٢٥)، صحيح مسلم (١٦٩١).

(٣) سنن أبي داود (٤٥٠٢)، سنن الترمذي (٢١٥٨)، وقال: حديث حسن، في قوله صلىٰ الله عليه وسلم: « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدىٰ ثلاث: ...».

(٤) ينظر للإجماع صحيح مسلم (١٦٩١).

(٥) مصنف ابن أبي شيبة (٢٨٨١٧)، الدراية ٢/٩٦.

فإن امتَنَعَ الشهودُ من الابتداء : سَقَطَ الحدُّ .

قال : وإن كان مقِرّاً : يبتدىء الإمامُ، ثم الناسُ.

ولأن الشاهدَ قد يتجاسرُ علىٰ الأداءِ، ثم يستعظمُ المباشرةَ، فيرجعُ، فكان في بِدايتِه: احتيالٌ للدَّرْء.

وقال الشافعيُّ رحمه الله: لا تُشترَطُ بِدايتُه[١]؛ اعتباراً بالجلد.

قلنا: كلُّ أحدٍ لا يُحسِنُ الجلدَ: فربما يقعُ مُهلِكاً، والإهلاكُ غيرُ مستَحَقٍّ، ولا كذلك الرجمُ؛ لأنه إتلافٌ.

قال: (فإن امتَنَعَ الشهودُ من الابتداء: سَقَطَ الحدُّ)؛ لأنه دلالةُ الرجوعِ.

وكذا إذا ماتوا، أو غابوا، في ظاهر الرواية؛ لفوات الشرط.

قال: (وإن كان مقِرّاً: يبتدئُ الإمامُ، ثم الناسُ)، كذا رُوي عن علي رضي الله عنه[٢].

ورمىٰ رسولُ الله عليه الصلاة والسلام الغامديةَ رضي الله عنها بحصاةٍ مثلَ الحِمِّصَة، وكانت قد اعترفت بالزنا[٣].

---

(١) أي بداية الشاهد. مغني المحتاج ٤/١٥٢.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة (٢٨٨١٧)، الدراية ٢/٩٦.

ولم يظهر لي سببُ تقديم استدلال المؤلف بقول علي رضي الله عنه علىٰ المرفوع عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم.

(٣) صحيح مسلم (١٦٩٥).

ويُغْسَلُ، ويُكفَّنُ، ويُصلَّىٰ عليه.

وإن لم يكن مُحصَناً، وكان حُرَّاً: فحَدُّه مائةُ جلدةٍ.

يأمرُ الإمامُ بضَرْبه بسَوْطٍ لا ثمرةَ له، ضَرْباً متوسِّطاً.

قال: (ويُغْسَلُ[١]، ويُكفَّنُ، ويُصلَّىٰ عليه)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام في ماعزٍ رضي الله عنه: «اصنَعُوا به كما تَصنعون بموتاكم»[٢].

ولأنه قُتِلَ بحَقٍّ، فلا يَسقطُ الغَسْلُ، كالمقتول قصاصاً.

وصلىٰ النبيُّ عليه الصلاة والسلام علىٰ الغامديةِ رضي الله عنها بعد ما رُجِمتْ[٣].

قال: (وإن لم يكن مُحصَناً، وكان حُرَّاً: فحَدُّه مائةُ جلدةٍ).

لقوله تعالىٰ: ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٖ ﴾. النور/٢، إلا أنه انتسخ في حقِّ المحصَن[٤]، فبقيَ في حقِّ غيرِه معمولاً به.

قال: (يأمرُ الإمامُ بضَرْبه بسَوْطٍ لا ثمرةَ له[٥]، ضَرْباً متوسِّطاً)؛ لأن

---

(١) وفي نُسخ: ويُغَسَّل. بتشديد السين.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة (١١٠١٤)، الدراية ٢/٩٧، ورواه أبو حنيفة في مسند الحارثي، وهو في مسند أبي حنيفة للحصكفي (٥). التعريف والإخبار ٣/١٧٦.

(٣) صحيح مسلم (١٦٩٦).

(٤) والناسخُ: هو القطعُ بأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم رَجَمَ المحصن. فتح القدير ٥/١٧، وينظر البناية ٨/٣٣٩ فقد جَعَلَ الناسخ: آية: الشيخ والشيخة....

(٥) ثمرة السَّوْط: عُقَد أطرافه، وقيل: ذَنَبُه وأطرافه. البناية ٨/٣٤٠.

وتُنزَعُ عنه ثيابُه، ويُفرَّقُ الضربُ علىٰ أعضائه، إلا رأسَه، ووجهَه، وفَرْجَه.

علياً رضي الله عنه لَمَّا أراد أن يُقيمَ الحدَّ: كَسَرَ ثمرتَه[١].

والمتوسِّطُ: بين المُبرِّحِ وغيرِ المُؤلِم؛ لإفضاءِ الأولِ إلىٰ الهلاك، وخُلُوِّ الثاني عن المقصود، وهو الانزجارُ.

قال: (وتُنزَعُ عنه ثيابُه)، معناه دونَ الإزار؛ لأن علياً رضي الله عنه كان يأمرُ بالتجريد في الحدود[٢].

ولأن التجريدَ أبلغُ في إيصالِ الألمِ إليه، وهذا الحَدُّ مَبْناه علىٰ الشدة في الضرب، وفي نَزْعِ الإزار: كَشْفُ العورة، فيَتَوقَّاه.

قال: (ويُفرَّقُ الضربُ علىٰ أعضائه)؛ لأن الجمعَ في عضوٍ واحدٍ قد يُفضي إلىٰ التَّلَف، والحَدُّ: زاجِرٌ، لا مُتلِفٌ.

قال: (إلا رأسَه، ووجهَه، وفَرْجَه).

لقوله عليه الصلاة والسلام للذي أَمَرَه بضَرْبِ الحَدِّ: «اتَّقِ الوجهَ، والمَذاكيرَ»[٣].

---

(١) قال في الدراية ٩٧/٢: لم أجده، ثم ذكر نحوه عن أنس وابن مسعود وغيرهما من الصحابة رضي الله عنهم.

(٢) قال في الدراية ٩٨/٢: لم أجده، بل المنقول عنه خلافه، وخرَّج ذلك، وينظر التعريف والإخبار ١٧٩/٣.

(٣) قال في نصب الراية ٣٢٤/٣: غريب مرفوعاً، وروي موقوفاً عن علي رضي الله عنه، وينظر مصنف عبد الرزاق (١٣٥١٧)، مصنف ابن أبي شيبة (٢٨٦٧٥)، وقد ورد النهي عن ضرب الوجه في الصحيحين (خ ٥٥٤١، م ٢١١٦).

وقال أبو يوسف رحمه الله : يُضرَبُ الرأسُ أيضاً.

ويُضرَبُ في الحدود كلِّها قائماً غيرَ مَمدود.

ولأن الفَرْجَ مَقتَلٌ، والرأسَ مَجمَعُ الحَوَاسِّ، وكذا الوجهُ، وهو مَجمَعُ المحاسن أيضاً، فلا يُؤمَنُ فواتُ شيءٍ منها بالضرب، وذلك إهلاكٌ معنًى، فلا يُشرَعُ حدّاً.

(وقال أبو يوسف رحمه الله: يُضرَبُ الرأسُ أيضاً)، رَجَعَ إليه[١].

وإنما يُضرَبُ سوطاً[٢]؛ لقول أبي بكر رضي الله عنه: «اضربوا الرأسَ، فإن فيه شيطاناً»[٣].

قلنا: تأويلُه: أنه قال ذلك فيمَن أُبيح قَتْلُه.

ونُقِل أنه وَرَدَ[٤] في حربيٍّ كان من دُعاة الكَفَرة، والإهلاكُ فيه مستَحَقٌّ.

قال: (ويُضرَبُ في الحدود كلِّها قائماً غيرَ مَمدود)؛ لقول علي رضي الله عنه: «يُضرَبُ الرجالُ في الحدود قياماً، والنساءُ قُعُوداً»[٥].

ولأن مبنىٰ إقامةِ الحدِّ علىٰ التشهير، والقيامُ أبلغُ فيه.

---

(١) فكان أبو يوسف رحمه الله يقول: لا يُضرَب الرأسُ، ثم رجع، وقال: يُضرَب.

(٢) أي واحداً، لا غير.

(٣) مصنف ابن أبي شيبة (٢٩٠٣٣)، التعريف والإخبار ١٧٨/٣، الدراية ٩٨/٢.

(٤) أي نُقل أنَّ أثر أبي بكر رضي الله عنه. البناية ٣٤٥/٨.

(٥) مصنف عبد الرزاق (١٣٥٣٢)، بإسناد ضعيف، كما في الدراية ٩٨/٢، مصنف ابن أبي شيبة (٢٩٠٢٢)، التعريف والإخبار ١٨٠/٣.

وإن كان عبداً : جَلَدَه خمسينَ جَلْدةً.

والرجلُ والمرأةُ في ذلك : سواءٌ، غيرَ أن المرأةَ لا يُنْزَعُ من ثيابِها إلا الفَرْوُ، والحَشْوُ.

ثم قولُه: غيرَ مَمدودٍ: فقد قيل: المَدُّ: أن يُلقَىٰ علىٰ الأرض، ويُمَدَّ، كما يُفعَلُ في زماننا، وقيل: أن يُمَدَّ السَّوْطُ، فيرفَعَه الضارِبُ فوقَ رأسه، وقيل: أن يَمُدَّه بعد الضرب.

وذلك كلُّه لا يُفعَل؛ لأنه زيادةٌ علىٰ المستَحَقِّ.

قال: (وإن كان عبداً: جَلَدَه خمسينَ جَلْدةً[1]).

لقوله تعالىٰ: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾. النساء/٢٥، نَزَلَتْ في حَقِّ الإماء.

ولأن الرِّقَّ مُنَقِّصٌ[2] للنِّعمة، فيكون مُنَقِّصاً للعقوبة؛ لأن الجنايةَ عند توافُرِ النِّعَم أفحَشُ، فيكونُ أدعىٰ إلىٰ التغليظ.

قال: (والرجلُ والمرأةُ في ذلك: سواءٌ)؛ لأن النصوصَ تشملُهما.

(غيرَ أن المرأةَ لا يُنْزَعُ من ثيابِها إلا الفَرْوُ، والحَشْوُ)؛ لأن في تجريدها كشفَ العورة.

والفروُ والحَشْوُ يَمنعان وصولَ الألم إلىٰ المضروب، والسَّتْرُ حاصلٌ بدونهما، فيُنزَعان.

---

(١) وفي نُسخ: سَوْطاً.

(٢) وفي نُسخ: منصِّفٌ.

وتُضرَبُ جالسةً، وإن حُفِرَ لها في الرَّجْم: جاز.

(وتُضرَبُ جالسةً)؛ لِمَا روينا، ولأنه أسترُ لها.

قال: (وإن حُفِرَ لها في الرَّجْم: جاز)؛ لأنه عليه الصلاة والسلام حَفَرَ للغامدية رضي الله عنها إلىٰ ثُنْدُوَتِها[١].

وحَفَرَ عليٌّ رضي الله عنه لشُرَاحَةَ الهَمْدانيةِ[٢].

وإن تُرِكَ: لا يَضرُّه؛ لأنه عليه الصلاة والسلام لم يأمر بذلك[٣]، وهي مستورةٌ بثيابها.

---

(١) سنن أبي داود (٤٤٤٣)، وسكت عنه، مختصر الكرخي بسنده، كما في التعريف والإخبار ٣/١٧٤.

والثُّنْدُوَة ـ بضمِّ الثاء ـ من الرجل: الثدي من المرأة، وقد أُطلقت في الحديث علىٰ المرأة، الدراية ٢/٩٨، وقيل: اللحمة التي في أصل الثدي، المصباح المنير.

(٢) مصنف عبد الرزاق (١٣٣٥٣)، مسند أحمد (٩٧٨)، وينظر التعريف والإخبار ٣/١٧٣، وفيه: وحَفَرَ لها إلىٰ السرة.

(٣) قال العيني في البناية ٨/٣٤٨ نقلاً عن الزيلعي في نصب الراية ٣/٣٢٥ بدون تصريح منه، قال: هذا ذهولٌ من المصنِّف رحمه الله تعالىٰ وتناقضٌ، فإنه تقدَّم في كلامه ـ أي كلام صاحب الهداية ـ أنه عليه الصلاة والسلام حَفَرَ للغامدية، وهو في صحيح مسلم (١٦٩٥). اهـ، وينظر الدراية ٢/٩٩.

أما ابن الهمام في فتح القدير ٥/٢١ فأجاب عن هذا الإشكال بقوله: لم يأمر بذلك: يعني لم يُوجِبْه، بناءً علىٰ أن حقيقة الأمر: هي الإيجاب، وقال: إنه عليه الصلاة والسلام حَفَرَ للغامدية، ومعلومٌ أن ليس المراد إلا أنه أَمَرَ بذلك، فيكون مجازاً عن أمره، وإلا كانت مناقضةٌ غريبةٌ، فإن مثلَها إنما يقع عند بُعد العهد، أما معه في سطر واحد: فغريبٌ، وهو هنا كذلك، والله أعلم.

ولا يُحفَرُ للرَّجُل.

ولا يُقيمُ المولىٰ الحَدَّ علىٰ عبدِه إلا بإذن الإمام.

والحفرُ: أحسنُ؛ لأنه أسترُ، ويُحفَرُ إلىٰ الصدر؛ لِمَا روينا.

قال: (ولا يُحفَرُ للرَّجُل)؛ لأنه عليه الصلاة والسلام ما حَفَرَ لمَاعِزٍ رضي الله عنه[1]، ولأن مبنىٰ إقامةِ الحدِّ[2] علىٰ التشهير في الرجال.

والرَّبْطُ والإمساكُ: غيرُ مشروعٍ.

قال: (ولا يُقيمُ المولىٰ الحَدَّ علىٰ عبدِه إلا بإذن الإمام).

وقال الشافعي[3] رحمه الله: له أن يُقيمَه؛ لأنَّ له ولايةً مطلَقةً عليه، كالإمام، بل أَوْلىٰ؛ لأنه يَملِكُ من التصرُّف فيه ما لا يَملكُه الإمامُ، فصار كالتعزير.

---

(١) صحيح مسلم (١٦٩٤) من رواية أبي سعيد الخدري، وفي رواية أخرىٰ لمسلم (١٦٩٥) عن بريدة أنه حفر له، وينظر نصب الراية ٣/٣٢٥، وما نقله عن البيهقي أنه لَمَّا تعذَّر عليه الجمع بين الروايتين: سكت عنهما.

وقد رجَّح المصنِّفُ رواية عدم الحفر، ولهذا قال ابن الهمام في فتح القدير ٥/٢١ عن رواية بريدة المثبِتة للحفر: «وهو منكرٌ؛ لمخالفته الروايات الصحيحة المشهورة، والروايات الكثيرة المتظافرة». اهـ، وكذلك قال العلامة قاسم في التعريف والإخبار ٣/١٧٥ إن راوي الحفر خالف مَن هو أوثق منه، وينظر إعلاء السنن ١١/٥٧٦، وأوجز المسالك للعلامة الشيخ محمد زكريا الكاندهلوي ٦/٥.

(٢) وفي نُسخ: مبنىٰ الإقامة.

(٣) مغني المحتاج ٤/١٥٢.

وإحصانُ الرَّجْم: أن يكون حُرًّا، عاقلاً، بالغاً، مسلماً، قد تزوَّج امرأةً نكاحاً صحيحاً، ودَخَلَ بها، وهما علىٰ صفة الإحصان.

ولنا: قولُه عليه الصلاة والسلام: «أربعٌ إلىٰ الولاة: ...»[١]، وذَكَرَ منها: الحدودَ.

ولأن الحَدَّ حَقٌّ الله تعالىٰ؛ لأن المَقْصَدَ منها إخلاءُ العالَم عن الفساد، ولهذا لا يسقطُ بإسقاط العبد، فيستوفيه مَن هو نائبٌ عن الشرع، وهو الإمامُ أو نائبُه.

بخلاف التعزير؛ لأنه حَقٌّ العبد، ولهذا يُعزَّرُ الصبيُّ، وحَقٌّ الشرع موضوعٌ عنه.

قال: (وإحصانُ الرَّجْم: أن يكون حُرًّا، عاقلاً، بالغاً، مسلماً، قد تزوَّج امرأةً نكاحاً صحيحاً، ودَخَلَ بها، وهما علىٰ صفة الإحصان).

فالعقلُ، والبلوغُ: شَرْطٌ لأهلية العقوبة، إذْ لا خطابَ بدونهما.

وما وراءَهما[٢]: يُشترَطُ لتكامل الجناية، بواسطة تكاملِ النعمة، إذْ كُفْرانُ النعمةِ يَتغلَّظُ عند تكثُّرِها، وهذه الأشياءُ من جلائلِ النِّعَم، وقد شُرِعَ الرجمُ بالزنا عند استجماعِها، فيُناطُ الرجمُ به.

---

(١) قال في الدراية ٢/٩٩: لم أجده، وروي هذا عن الحسن البصري وعطاء الخراساني في مصنف ابن أبي شيبة (٢٨٤٣٨، ٢٨٤٣٩)، وينظر التعريف والإخبار ٣/١٨٥ حيث ذكر جملة من الأحاديث الصحيحة والآثار تُعارِض ذلك، وفيها أن المولىٰ هو الذي يقيم عليها الحدَّ.

(٢) أي ما وراء العقل والبلوغ من الشرائط.

. . . .

بخلاف الشَّرَفِ[1]، والعلم: لأن الشرعَ ما وَرَدَ باعتبارهما، ونَصْبُ الشرعِ بالرأي: متعذِّرٌ.

ولأن الحريةَ ممكِّنَةٌ من النكاح الصحيح، والنكاحُ الصحيحُ ممكِّنٌ من الوطءِ الحلال، والإصابةُ[2] شِبَعٌ بالحلال.

والإسلامُ يُمكِّنُه من نكاحِ المسلمة، ويؤكِّدُ اعتقادَ الحُرمة، فيكونُ الكلُّ مَزْجَرَةً عن الزنا.

والجنايةُ بعدَ توافُرِ الزواجر: أغلظُ.

والشافعيُّ[3] رحمه الله يخالفُنا في اشتراطِ الإسلام، وكذا أبو يوسف رحمه الله في روايةٍ.

لهما: ما رُوي أن النبي عليه الصلاة والسلام رَجَمَ يهوديَّيْن قد زَنَيَا[4].

قلنا: كان ذلك بحُكم التوراة، ثم نُسِخَ.

يؤيِّدُه قولُه عليه الصلاة والسلام: «مَن أشرك بالله: فليس بمُحصَنٍ»[5].

---

(١) هو علوُّ الحَسَب، وحَسَبُ الرجل: مآثِرُ آبائه. البناية ٨/٣٥٦.

(٢) أي الدخول بالنكاح الصحيح فيه شِبَعٌ للزوج عن الزنا. البناية ٨/٣٥٦.

(٣) الحاوي الكبير ٩/٣٨٥.

(٤) صحيح البخاري (٦٨١٩)، صحيح مسلم (١٦٩٩).

(٥) سنن الدارقطني ٣/١٤٧، سنن البيهقي ٨/٢١٦، وعزاه الزيلعي في نصب الراية ٣/٣٢٧، وابن حجر في التلخيص الحبير ٤/٥٤ لإسحاق بن راهويه في مسنده، =

. . . .

والمعتبرُ في الدخول: إيلاجٌ في القُبُل علىٰ وجهٍ يوجِبُ الغُسلَ.

وشَرَطَ[١] صفةَ الإحصانِ فيهما عند الدخول، حتىٰ لو دَخَلَ بالمنكوحة الكافرة أو المملوكةِ أو المجنونةِ أو الصبيَّةِ: لا يكون محصَناً.

وكذا[٢] إذا كان الزوجُ موصوفاً بإحدىٰ هذه الصفات، وهي حُرَّةٌ مسلمةٌ عاقلةٌ بالغةٌ؛ لأن النعمةَ بذلك[٣] تتكاملُ[٤]:

إذِ الطَّبْعُ يَنفِرُ عن صُحبة المجنونة.

وقلَّ ما يُرغَبُ في الصبيَّة؛ لقلة رغبتها فيه.

وقد رُوِيَ الحديث مرفوعاً، وموقوفاً علىٰ ابن عمر رضي الله عنهما، ومنهم مَن جزم بوقفه، لكن الزيلعي قوَّىٰ رفعه، وكذلك ابن التركماني في الجوهر النقي ٢١٦/٨، وقال: «إن رفع الثقة حديثاً: لا يضره وَقْفُ مَن وَقَفَه، فظهر أن الصواب رَفْعُه». اهـ. وقال ابن الهمام في فتح القدير ٢٤/٥: «... مرةً رَفَعَه، ومرة أخرجه مخرج الفتوىٰ، فلم يرفعه، ولا شكَ أن مثله بعد صحة الطريق إليه، محكومٌ برفعه علىٰ ما هو المختار في علم الحديث، من أنه إذا تعارض الرفع والوقف: حُكِم بالرفع، وبعد ذلك إذا خرج من طرق فيها ضعفٌ: لم يضر». اهـ

(١) أي الإمام القدوري رحمه الله.

(٢) أي لا يكون الزوج محصناً إذا كان موصوفاً بإحدىٰ هذه الصفات، وهي الكفر والرقية والجنون والصبا. البناية ٣٥٩/٨.

(٣) أي بما ذُكر من الحرية والعقل والبلوغ والإسلام.

(٤) وجاء خطأً في طبعات الهداية القديمة: لا تتكامل.

ولا يُجمَعُ في المُحْصَنِ بين الجَلْدِ والرَّجْمِ.

ولا يُجمَعُ في البِكْر بين الجلدِ والنَّفْي.

وفي[١] المَنكوحة[٢] المملوكة: حَذَراً عن رِقِّ الولد.

ولا ائتلافَ: مع الاختلاف في الدين.

وأبو يوسف رحمه الله يخالفُهما في الكافرة، والحجَّةُ عليه ما ذكرناه.

وقولُه عليه الصلاة والسلام: «لا تُحصِّنُ المسلمَ اليهوديةُ، ولا النصرانيةُ، ولا الحرَّ الأمةُ، ولا الحرَّةَ العبدُ»[٣].

قال: (ولا يُجمَعُ في المُحْصَنِ بين الجَلْدِ والرَّجْمِ).

لأنه عليه الصلاة والسلام لم يَجمَع[٤].

ولأن الجلدَ يَعرَىٰ عن المقصودِ مع الرجم؛ لأن زَجْرَ غيرِه يحصُلُ بالرجم، إذ هو في العقوبة أقصاها، وزَجْرُه لا يتحصَّلُ بعد هلاكه.

قال: (ولا يُجمَعُ في البِكْر بين الجلدِ والنَّفْي).

وقال الشافعيُّ[٥] رحمه الله: يُجمَعُ بينهما حدّاً؛ لقوله عليه الصلاة

---

(١) أي وقَلَّ ما يُرغب في المنكوحة المملوكة.

(٢) لفظ: المنكوحة: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٣) سنن سعيد بن منصور (٧١٥)، مصنف ابن أبي شيبة (٥٠١)، المعجم الكبير للطبراني (٢٠٥)، وإسناده ضعيف، كما الدراية ٢/٩٩، وقد بيَّن العلامة قاسم في التعريف والإخبار ٣/١٩٠ أنه مرسل، وأن المرسل حجةٌ.

(٤) صحيح مسلم (١٦٩٧).

(٥) مغني المحتاج ٤/١٤٧.

. . . .

والسلام: «البِكْرُ بالبِكْرُ جَلْدُ مائةٍ، وتغريبُ عام»[١].

ولأن فيه حسمَ بابِ الزنا؛ لقلَّة المَعَارِف[٢].

ولنا: قولُه تعالىٰ: ﴿ فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ ﴾. النور/٢، جَعَلَ الجَلْدَ كلَّ المُوجَبِ؛ رجوعاً إلىٰ حرف الفاء، أو إلىٰ كونه[٣] كلَّ المذكور.

ولأن في التغريبِ فتحَ بابِ الزنا؛ لانعدام الاستحياءِ من العشيرة، ثم فيه قَطْعُ موادِّ البقاء، فربما تَتَّخذُ زناها مكْسَبَةً، وهو من أقبحِ وجوه الزنا.

وهذه الجهةُ مرجَّحةٌ[٤]؛ لقول علي رضي الله عنه: «كفىٰ بالنفي فتنةً»[٥].

والحديثُ منسوخٌ، كشَطْرِه، وهو قولُه عليه الصلاة والسلام: «الثيِّبُ بالثيِّب، جلدُ مائةٍ، ورَجْمٌ بالحجارة»[٦].

---

(١) صحيح مسلم (١٦٩٠).

(٢) لأن الزنا يكون بالمصاحبة، والغُرْبة تُفَوِّتُ ذلك.

(٣) أي الجَلْد.

(٤) بكسر الجيم وفتحها، ولكلٍّ وجهٌ صحيحٌ في المعنىٰ. ينظر البناية ٨/٣٦٥.

(٥) بلفظ: حسبهما من الفتنة أن يُنفيا: عند عبد الرزاق (١٣٣١٣، ١٣٣٢٧)، وأخرجه محمد بن الحسن في الآثار، والأصل، عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم عنه رضي الله عنه، كما في نصب الراية ٣/٣٣٠.

(٦) هذا حديث عبادة بن الصامت مرفوعاً: «خذوا عني، خذوا عني، قد جَعَلَ الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر جلد مائة ونفيُ سَنَةٍ، والثيب بالثيب جَلْدٌ والرجم». صحيح مسلم (١٦٩٠).

=

إلا أن يَرىٰ الإمامُ في ذلك مصلحةً، فيُغَرِّبَه علىٰ قَدْر ما يَرَىٰ.

قال: وإذا زَنَىٰ المريضُ، وحَدُّه الرَّجْمُ: رُجِمَ في الحال.

وإن كان حَدُّه الجلدَ: لم يُجلَدْ حتىٰ يَبرأ.

وإذا زَنَتِ الحاملُ: لم تُحَدَّ حتىٰ تضعَ حملَها.

وقد عُرِف طريقُه في موضعه[1].

قال: (إلا أن يَرىٰ الإمامُ في ذلك مصلحةً، فيُغَرِّبَه علىٰ قَدْر ما يَرَىٰ).

وذلك تعزيرٌ وسياسةٌ، لأنه قد يُفيدُ في بعض الأحوال، فيكونُ الرأيُ فيه إلىٰ الإمام.

وعليه يُحمَلُ النفيُ المرويُّ عن بعض الصحابة رضي الله عنهم[2].

قال: (وإذا زَنَىٰ المريضُ، وحَدُّه الرَّجْمُ: رُجِمَ في الحال)؛ لأنَّ الإتلافَ مستَحَقٌّ، فلا يَمتنعُ بسبب المرض.

قال: (وإن كان حَدُّه الجلدَ: لم يُجلَدْ حتىٰ يَبرأ)؛ كي لا يُفضِيَ إلىٰ الهلاك، ولهذا لا يُقامُ القطعُ عند شدةِ الحَرِّ والبرد.

قال: (وإذا زَنَتِ الحاملُ: لم تُحَدَّ حتىٰ تضعَ حملَها)؛ كي لا يؤديَ إلىٰ هلاك الولد، إذ هو نَفْسٌ مُحتَرَمَةٌ.

والشطر الأول منه في صحيح البخاري (٦٨٣١)، وينظر نصب الراية ٣/٣٣٠، والاعتبار في الناسخ والمنسوخ للحازمي ص ٢٠١، وفيه نَقَلَ نَسْخَ حديث عبادة بن الصامت عن أكثر أهل العلم.

(١) أي في كتب طرق الخلاف والتفاسير والناسخ والمنسوخ، البناية ٨/٣٦٦.

(٢) سنن الترمذي (١٤٣٨)، وقال: حسنٌ غريبٌ، الدراية ٢/١٠٠.

فإن كان حدُّها الجلدَ: لم تُحَدَّ حتىٰ تتعالَىٰ من نفاسِها.

وإن كان حدُّها الرجمَ: رُجِمت.

قال: (فإن كان حدُّها الجلدَ: لم تُحَدَّ حتىٰ تتعالَىٰ[1] من نفاسِها)، أي ترتفع، يريدُ به: تَخرجُ منه؛ لأن النفاسَ نوعُ مرضٍ، فيؤخَّرُ[2] إلىٰ زمان البُرْء.

قال: (وإن كان حدُّها الرجمَ: رُجِمت[3])؛ لأن التأخيرَ[4] لأجل الولدِ، وقد انفَصَلَ[5].

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يُؤخَّرُ[6] إلىٰ أن يَستغنِيَ ولدُها عنها إذا لم يكن له أحدٌ يقومُ بتربيته؛ لأنَّ في التأخيرِ صيانةَ الولدِ عن الضَّيَاع.

---

(١) قال في الجوهرة النيرة ٥/٣٣٦ بعد أن أثبت لفظ: تتعلَّىٰ، قال: وفي بعض النسخ: تتعالَىٰ، وهو سهوٌ، والصواب: تتعلَّىٰ، بغير ألف، أي تخرج. اهـ

قلت: وفي المغرب للمطرزي ٢/٨٠ أجاز اللفظَيْن، وفي غالب نُسخ الهداية: تتعالىٰ.

(٢) أي الجلد.

(٣) أي في النفاس، وينظر الجوهرة النيرة ٥/٣٣٦ لثبوت هذه الجملة: (وإن كان حَدُّها الرَّجْمَ: رُجمت): من متن القدوري، وكذلك اللباب للميداني ٤/٤٦٩، وفي النسخة النفيسة من الهداية نسخة ١٠٣٨هـ أُثبتت هذه الجملة فيها من المتن، وكُتب عليها: صح، كما أُثبتت في عدة نُسخٍ من القدوري.

(٤) وفي نُسخ: بخلاف الرجم؛ لأن التأخير لأجل الولد.

(٥) وهذا ظاهر الرواية. البناية ٨/٣٦٩.

(٦) أي الرجم.

. . . .

وقد رُوي أنه عليه الصلاة والسلام قال للغامدية رضي الله عنها بعد ما وَضَعَت: «ارجعي حتىٰ يستغنِيَ ولدُك»[1].

ثم الحُبْلىٰ تُحبَسُ إلىٰ أن تَلِدَ إن كان الحَدُّ ثابتاً بالبينة؛ كي لا تهرُبَ، بخلاف الإقرار؛ لأن الرجوعَ عنه عامِلٌ[2]، فلا يُفيدُ الحَبْسُ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) قال في الدراية ٢/١٠٠: لم أجده بلفظه، لكن في مسلم (١٦٩٥) في قصة الغامدية: «اذهبي حتىٰ تلدي،...، فقالت: قد فطمتُه...»، وينظر التعريف والإخبار ١٨٨/٣.

(٢) أي في سقوط الحد. حاشية نسخة ٧٩٧هـ.

باب
الوَطْء الذي يوجِبُ الحدَّ، والذي لا يُوجِبُه

. . . .

باب
الوَطْء الذي يوجِبُ الحدَّ، والذي لا يُوجِبُه

قال: الوَطْءُ الموجِبُ للحدِّ: هو الزنا.

وإنه في عُرْف الشرعِ، واللسانِ[1]: وطءُ الرجلِ المرأةَ في القُبُل، في غيرِ الملك، وشُبْهةِ الملك؛ لأنه فِعْلٌ محظورٌ.

والحُرْمةُ علىٰ الإطلاق: عند تعرِّي الفعل عن الملكِ، وشُبْهةِ الملك.

يُؤيِّدُ ذلك قولُه عليه الصلاة والسلام: «ادرؤوا الحدودَ بالشُّبُهات»[2].

ثم الشُّبْهةُ نوعان:

١ـ شُبْهةٌ في الفعل، وتُسمىٰ شبهةَ اشتباهٍ.

٢ـ وشُبْهةٌ في المَحَلِّ، وتُسمىٰ شُبْهةً حُكمية.

---

(١) أي لسان العرب، أي اللغة.

(٢) روي مرفوعاً في مسند أبي حنيفة للحارثي، كما في التعريف والإخبار ١٦١/٣، ومنية الألمعي ص٣٩٢، وهو في مسند أبي حنيفة للحصكفي، الحدود (٣١٦) ٢٠٥/٥ مع المواهب اللطيفة، وينظر فتح القدير لابن الهمام ٣٢/٥، نصب الراية ٣٣٣/٣.

. . . .

فالأُولىٰ: تتحقَّقُ في حَقِّ مَن اشتبه عليه؛ لأنَّ معناه أنْ يَظُنَّ غيرَ الدليل دليلاً، ولا بدَّ من الظن ليتحقَّقَ الاشتباهُ.

والثانيةُ: تتحقَّقُ بقيام الدليل النافي للحُرْمة في ذاته، ولا تتوقَّفُ علىٰ ظنِّ الجاني، واعتقادِه.

والحَدُّ يَسقطُ بالنوعَيْن؛ لإطلاق الحديث.

والنَّسَبُ يثبتُ في الثانية إذا ادَّعىٰ الولدَ، ولا يَثبتُ في الأُولىٰ وإن ادَّعاه؛ لأن الفعلَ تمحَّضَ زناً في الأُولىٰ وإنْ سَقَطَ الحَدُّ لأمرٍ راجعٍ إليه، وهو اشتباهُ الأمرِ عليه، ولم يتمحَّضْ في الثانية.

* فشُبْهةُ الفعل في ثمانيةِ مواضِعَ:

١ـ جاريةُ أبيه.

٢ـ وأُمِّه[1].

٣ـ وزوجتِه[2].

٤ـ والمطلَّقَةُ ثلاثاً، وهي في العِدَّةِ.

٥ـ وبائناً[3] بالطلاق علىٰ مالٍ، وهي في العدة.

٦ـ وأُمُّ ولدٍ أَعْتَقَها مولاها، وهي في العدة.

---

(١) أي وجارية أُمِّه.

(٢) أي وجارية زوجته.

(٣) أي والمطلقةُ طلاقاً بائناً. البناية ٨/٣٧٤.

. . . .

٧ـ وجاريةُ المولىٰ في حَقِّ العبد[١].

٨ـ والجاريةُ المرهونةُ في حَقِّ المُرتَهِنِ[٢]، في روايةِ كتاب الحدود[٣]، وهو الأصح.

والمستعيرُ للرهن في هذا: بمنزلة المرتَهِن.

ففي هذه المواضعِ كلِّها لا حَدَّ عليه إذا قال: ظننتُ أنها تَحِلُّ لي.

ولو قال: عَلِمْتُ أنها عليَّ حرامٌ: وَجَبَ الحدُّ.

* والشُّبْهةُ في المَحَلِّ في ستةِ مواضِعَ:

١ـ جاريةُ ابنه.

٢ـ والمطلقةُ طلاقاً بائناً بالكنايات[٤].

٣ـ والجاريةُ المَبيعةُ في حَقِّ البائع قبلَ التسليم.

٤ـ والمَمْهورَةُ[٥] في حَقِّ الزوج قَبْلَ القبض.

٥ـ والجاريةُ المشتَرَكةُ[٦] بينه وبين غيره.

---

(١) أي شبهة العبد.

(٢) أي إذا قال المرتهن: ظننتُ أنها تحل لي.

(٣) وسيأتي بعد قليل ذِكْرُ خلافه في الجارية المرهونة نقلاً عن كتاب الرهن.

(٤) أي وهي في العدة.

(٥) أي الجارية التي جَعَلَها مهراً لزوجته قبل أن تقبضها. ابن عابدين ١٢/ ٦٨.

(٦) أي الجارية المشتركة بينه وبين غيره.

ومَن طلَّق امرأتَه ثلاثاً، ثم وطئها في العدة، وقال: عَلِمْتُ أنها عليَّ حرامٌ: حُدَّ.

٦ـ والمرهونةُ[١] في حَقِّ المرتهن، في رواية كتاب الرهن.

ففي هذه المواضعِ لا يجبُ الحدُّ وإن قال: عَلِمْتُ أنها عليَّ حرامٌ.

ثم الشبهةُ عند أبي حنيفة رحمه الله تثبتُ بالعقد وإن كان متَّفَقاً علىٰ تحريمِه، وهو عالِمٌ به.

وعند الباقِين[٢]: لا تثبتُ إذا عَلِمَ بتحريمه.

ويظهرُ ذلك في نكاح المَحَارم، علىٰ ما يأتيكَ إن شاء الله تعالىٰ.

إذا عَرَفْنا هذا[٣]:

قال: (ومَن طلَّق امرأتَه ثلاثاً، ثم وطئها في العدة، وقال: عَلِمْتُ أنها عليَّ حرامٌ: حُدَّ).

لزوال المِلكِ المُحَلِّلِ من كلِّ وجهٍ، فتكون الشُّبهةُ منتَفِيَةً، وقد نَطَقَ الكتابُ[٤] بانتفاء الحِلِّ.

وعلىٰ ذلك الإجماعُ[٥].

---

(١) أي الجارية المرهونة.

(٢) أي العلماء الباقين.

(٣) تقديره: إذا عرفنا هذا، فنقول: (ومَن طلَّق امرأته....). الخ.

(٤) وهو قوله تعالىٰ: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ﴾. البقرة/٢٣٠.

(٥) وفي نُسخ: إجماع الأمة.

ولو قال: ظننتُ أنها تَحِلُّ لي: لا يُحَدُّ.

ولو قال لها: أنتِ خَلِيَّةٌ، أو: بَرِيَّةٌ، أو: أَمْرُكِ بيدك، فاختارت نفسَها، ثم وطئها في العِدَّة، وقال: عَلِمْتُ أنها عليَّ حرامٌ: لم يُحَدَّ.

ولا يُعتبرُ قولُ المخالِف فيه؛ لأنه خِلافٌ، لا اختلافٌ[1].

(ولو قال: ظننتُ أنها تَحِلُّ لي: لا يُحَدُّ)؛ لأن الظنَّ في موضِعِه؛ لأن أَثَرَ الملك قائمٌ في حَقِّ النَّسَبِ، والحَبْسِ، والنفقةِ، فاعتُبر ظنُّه في إسقاط الحدِّ.

وأمُّ الولد إذا أعتقها مولاها، والمختلِعةُ، والمطلَّقةُ علىٰ مالٍ: بمنزلةِ المطلَّقة الثلاث؛ لثبوت الحُرْمة، بالإجماع، وقيامِ بعضِ الآثار في العدة.

قال: (ولو قال لها: أنتِ خَلِيَّةٌ، أو: بَرِيَّةٌ، أو: أَمْرُكِ بيدك، فاختارت نفسَها، ثم وطئها في العِدَّة، وقال: عَلِمْتُ أنها عليَّ حرامٌ: لم يُحَدَّ).

لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيه، فمِن مذهب عمر رضي الله عنه: أنها تطليقةٌ رجعيةٌ[2].

وكذا الجوابُ في سائر الكنايات.

وكذا إذا نوىٰ ثلاثاً: لقيام الاختلافِ مع ذلك.

---

(١) الخلاف: ما ليس عليه دليلٌ، والاختلاف: ما بُنِيَ علىٰ دليل. البناية ٣٧٤/٨، ٣٧٧. قلت: وهذا بحسب الناظر.

(٢) مصنف عبد الرزاق (١١١٧٦)، مصنف ابن أبي شيبة (١٨١٥٠)، وينظر الدراية ١٠١/٢.

ولا حدَّ علىٰ مَن وَطِئ جاريةَ ولدِه، وولدِ ولدِه وإن قال: علمتُ أنها عليَّ حرامٌ، ويثبتُ النسبُ منه، وعليه قيمةُ الجارية.

وإذا وطئ جاريةَ أبيه، أو أُمِّه، أو زوجتِه، وقال: ظننتُ أنها تَحِلُّ لي: فلا حَدَّ عليه، ولا علىٰ قاذِفِه.

وإن قال: عَلِمْتُ أنها عليَّ حرامٌ: حُدَّ.

وكذلك العبدُ إذا وَطِئ جاريةَ مولاه.

قال: (ولا حدَّ علىٰ مَن وَطِئ جاريةَ ولدِه، وولدِ ولدِه وإن قال: علمتُ أنها عليَّ حرامٌ)؛ لأن الشبهةَ حُكميةٌ، لأنها نشأتْ عن دليلٍ، وهو قولُه عليه الصلاة والسلام: «أنتَ ومالُكَ لأبيك»[1].

والأُبُوَّةُ قائمةٌ في حَقِّ الجد.

قال: (ويثبتُ النسبُ منه، وعليه قيمةُ الجارية)، وقد ذكرناه[2].

قال: (وإذا وطئ جاريةَ أبيه، أو أُمِّه، أو زوجتِه، وقال: ظننتُ أنها تَحِلُّ لي: فلا حَدَّ عليه، ولا علىٰ قاذِفِه.

وإن قال: عَلِمْتُ أنها عليَّ حرامٌ: حُدَّ.

وكذلك[3] العبدُ إذا وَطِئ جاريةَ مولاه)؛ لأنَّ بين هؤلاء انبساطاً في

---

(١) تقدم في النفقات، وهو في صحيح ابن حبان (٣٠٣٥)، سنن أبي داود (٣٠٣٥)، وإسناده صحيح، ينظر فتح الباري ٥/٢١١، ونصب الراية ٣/٢٧٥، ٣٣٧.

(٢) في باب نكاح الرقيق.

(٣) أي وكذلك حكم العبد بالتفصيل المذكور. البناية ٨/٣٨٢.

وكذا إذا قالتِ الجاريةُ : ظننتُ أنه يَحِلُّ لي .

وإن وطئ جاريةَ أخيه، أو عمِّه، وقال : ظننتُ أنها تَحِلُّ لي : حُدَّ .

ومَن زُفَّتْ إليه غيرُ امرأته، وقالتِ النساءُ : إنها زوجتُك، فوطئها : لا حَدَّ عليه، وعليه المهرُ.

الانتفاع، فظَنَّه[1] في الاستمتاع، فكان[2] شبهةَ اشتباه، إلا أنه زناً حقيقةً، فلا يُحَدُّ قاذفُه.

قال: (وكذا إذا قالتِ الجاريةُ: ظننتُ أنه يَحِلُّ لي)، والفَحْلُ لم يَدَّعِ، في الظاهر[3]؛ لأن الفعلَ واحدٌ.

قال: (وإن وطئ جاريةَ أخيه، أو عمِّه، وقال: ظننتُ أنها تَحِلُّ لي: حُدَّ)؛ لأنه لا انبساطَ في المال فيما بينهما.

وكذا سائرُ المَحَارم، سوىٰ الوِلاد؛ لِمَا بيَّنَّا.

قال: (ومَن زُفَّتْ إليه غيرُ امرأته، وقالتِ النساءُ: إنها زوجتُك، فوطئها: لا حَدَّ عليه، وعليه المهرُ).

قضىٰ بذلك عليٌّ رضي الله عنه[4]، وبالعدة.

---

(١) أي فظنَّ الانبساط يكون في الاستمتاع.

(٢) أي فكان ظنُّه شبهة اشتباه.

(٣) أي لا حدَّ علىٰ العبد، فإذا سقط عنها: سقط عنه، في ظاهر الرواية. البناية ٨/٣٨٢.

(٤) قال في الدراية ٢/١٠١: لم أجده، وكذلك في البناية ٨/٣٨٣، واستدرك العلامة قاسم في منية الألمعي ص٣٩٣ بقوله: رواه محمد في الأصل وعبد الرزاق.

ومَن وَجَدَ امرأةً علىٰ فراشِه، فوطئها : فعليه الحَدُّ.

ومَن تزوَّج امرأةً لا يَحِلُّ له نكاحُها، فوطئها : لم يجب عليه الحَدُّ عند أبي حنيفة رحمه الله.

ولأنه اعتمد دليلاً، وهو الإخبارُ في موضع الاشتباه، إذِ الإنسانُ لا يُميِّزُ بين امرأتِه وبين غيرِها في أولِ الوَهْلة، فصار كالمغرور.

ولا يُحَدُّ قاذفُه، إلا في روايةٍ عن أبي يوسف رحمه الله؛ لأن الملكَ منعدِمٌ حقيقةً.

قال: (ومَن وَجَدَ امرأةً علىٰ فراشِه، فوطئها: فعليه الحَدُّ).

لأنه لا اشتباهَ بعدَ طولِ الصُّحْبة، فلم يكنِ الظنُّ مستنداً إلىٰ دليلٍ يوجِبُ الظنَّ، وهذا لأنه قد ينامُ علىٰ فراشه[1] غيرُها من المَحَارم التي في بيتها.

وكذا إذا كان أعمىً؛ لأنه يُمكِنُه التمييزُ بالسؤال وغيره، إلا إذا دعاها فأجابَتْه أجنبيةٌ، وقالت: أنا زوجتُك، فواقَعَها؛ لأن الإخبارَ دليلٌ.

قال: (ومَن تزوَّج امرأةً لا يَحِلُّ له نكاحُها، فوطئها: لم يجب عليه الحَدُّ عند أبي حنيفة رحمه الله)، ولكن يُوجَعُ عقوبةً[2] إذا كان عَلِمَ بذلك.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ والشافعيُّ[3] رحمهم الله: عليه الحَدُّ إذا كان

---

(١) وفي نُسخ: فراشها.

(٢) أي تعزيراً.

(٣) أسنىٰ المطالب ٤/١٢٧.

ومَن وطئ أجنبيةً فيما دونَ الفَرْجِ : يُعزَّرُ.

ومَن أتىٰ امرأةً في الموضِعِ المَكروه، أو عَمِلَ عَمَلَ قومِ لوطٍ : . . . . .

عالِماً بذلك؛ لأنه عقدٌ لم يُصادِفْ مَحَلَّه، فيلغو، كما إذا أُضيف[(١)] إلىٰ الذُّكور، وهذا لأن مَحَلَّ التصرُّفِ: ما يكون مَحَلاًّ لحُكْمِه، وحُكْمُه: الحِلُّ، وهي من المحرَّمات[(٢)].

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن العقدَ صادَفَ مَحَلَّه؛ لأن مَحَلَّ التصرف: ما يَقبلُ مقصودَه، والأنثىٰ من بناتِ آدمَ، قابِلَةٌ للتوالد، وهو المقصودُ، فكان ينبغي أن ينعقدَ في جميع الأحكام، إلا أنه تقاعَدَ عن إفادةِ حقيقةِ الحِلِّ، فيورِثُ الشبهةَ[(٣)].

لأن الشبهةَ: ما تُشبِهُ الثابتَ، لا نفسُ الثابت، إلا أنه ارتكَبَ جريمةً[(٤)]، وليس فيها حَدٌّ مقدَّرٌ، فيُعزَّر.

قال: (ومَن وطئ أجنبيةً فيما دونَ الفَرْجِ: يُعزَّرُ)؛ لأنه مُنْكَرٌ ليس فيه شيءٌ مقدَّرٌ.

قال: (ومَن أتىٰ امرأةً في الموضِعِ المَكروه[(٥)]، أو عَمِلَ عَمَلَ قومِ لوطٍ:

---

(١) أي العقد.

(٢) علىٰ التأبيد، فلا يكون محلاً للحِل، فلا ينعقد العقد أصلاً، كبيع الميتة.

(٣) أي شبهة الحِلِّ لصورة العقد. البناية ٣٩٧/٨.

(٤) أي ذنباً.

(٥) أي الدُّبُر.

فلا حَدَّ عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، ويُعزَّرُ.

وزاد في «الجامع الصغير»: ويُودَعُ في السجن.

وقالا: هو كالزنا، فيُحَدُّ.

فلا حَدَّ عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، ويُعزَّرُ[1].

وزاد في «الجامع الصغير[2]»: ويُودَعُ في السجن.

وقالا: هو[3] كالزنا، فيُحَدُّ، وهو أحدُ قولَيِ الشافعيِّ[4] رحمه الله.

وقال[5] في قولٍ: يُقتَلانِ بكلِّ حالٍ[6].

لقوله عليه الصلاة والسلام: «اقتُلُوا الفاعلَ، والمفعولَ به»[7].

وفي رواية: «ارجُموا الأعلىٰ، والأسفلَ»[8].

---

(١) ولا يُحدُّ حدَّ الزنا عندهما أيضاً مَن أتىٰ امرأةً في الموضع المكروه وإن كان محرَّماً عليه، وبه صرَّح في الزيادات؛ لأن من الناس مَن يستحلُّه بقوله تعالىٰ: ﴿ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ ﴾، من غير فصلٍ بين محلٍّ ومحلٍّ. العناية ٥/٤٣.

(٢) ص١٤٧.

(٣) أي عَمَلُ قومِ لوط.

(٤) أي يُحد حد الزنا، وهو المعتمد عند الشافعية. المهذب ٣/٣٣٩، الحاوي الكبير ١٣/٢٢٢.

(٥) أي الإمام الشافعي رحمه الله.

(٦) أي سواء كان محصناً أو غيرَ محصن، حراً كان أو عبداً.

(٧) سنن أبي داود (٤٤٦٢)، سنن الترمذي (١٤٥٦)، وقد اختُلف في تقويته، وينظر الدراية ٢/١٠٣.

(٨) هو لفظ ابن ماجه في سننه (٢٥٦٢).

ومَن وَطِئَ بهيمةً : فلا حَدَّ عليه.

ولهما: أنه[1] في معنىٰ الزنا؛ لأنه قضاءُ الشهوةِ في مَحَلٍّ مُشتَهَىً علىٰ سبيل الكمال، علىٰ وجهٍ تمحَّضَ حراماً؛ لقصد سَفْحِ الماء.

وله: أنه[2] ليس بزناً؛ لاختلافِ الصحابة رضي الله عنهم في موجَبِه، من الإحراق بالنار، وهَدْمِ الجدار، والتنكيسِ من مكانٍ مرتفعٍ بإتْبَاع الأحجار، وغيرِ ذلك[3].

ولا هو[4] في معنىٰ الزنا؛ لأنه ليس فيه إضاعةُ الولدِ، واشتباهُ الأنساب.

وكذا هو أندرُ وقوعاً؛ لانعدام الداعي من أحدِ الجانبَيْن، والداعي إلىٰ الزنا: من الجانبَيْن.

وما رواه: محمولٌ علىٰ السياسة، أو علىٰ المُسْتَحِلِّ، إلا أنه يُعزَّرُ عنده[5]؛ لِمَا بيَّنَّاه.

قال: (ومَن وَطِئَ بهيمةً: فلا حَدَّ عليه).

---

(١) أي عَمَلُ قومِ لوط، وفي بعض النسخ: ولهما أنهما: أي الإتيان في الموضع المكروه من المرأة، وعَمَل قوم لوط. العناية ٥/٤٣، والبناية ٨/٣٩٩، وكذلك في بعض النسخ التي هي عندي.

قلت: قد نقلت قبل قليل عن العناية أنه لا يُحد حد الزنا عند الصاحبين، فليحرَّر.

(٢) أي عمل قوم لوط.

(٣) ينظر لهذه الآثار الدراية ٢/١٠٣.

(٤) أي عمل قوم لوط.

(٥) أي عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله.

ومَن زَنَىٰ في دارِ الحربِ، أو في دارِ البَغْيِ، ثم خَرَجَ إلينا: لا يُقامُ عليه الحَدُّ.

لأنه ليس في معنىٰ الزنا، في كونه جنايةً، وفي وجودِ الداعي، لأن الطَّبْعَ السليمَ يَنفِرُ عنه، والحامِلُ عليه نهايةُ السَّفَه، أو فَرْطُ الشَّبَقِ.

ولهذا لا يجبُ سَتْرُه[1]، إلا أنه يُعزَّرُ؛ لِمَا بيَّنَّا.

والذي يُروىٰ مِن أنه تُذبَحُ البهيمةُ، وتُحرَقُ[2]: فذلك لقَطْعِ التحدُّث فيه، وليس بواجبٍ.

قال: (ومَن زَنَىٰ في دارِ الحربِ، أو في دارِ البَغْيِ، ثم خَرَجَ إلينا[3]: لا يُقامُ عليه الحَدُّ).

وعند الشافعي[4] رحمه الله: يُحَدُّ؛ لأنه التزَمَ بإسلامِه أحكامَه أينما كان مُقامُه[5].

ولنا: قولُه عليه الصلاة والسلام: «لا تُقامُ الحدودُ في دار الحرب»[6].

---

(١) أي فرج البهيمة. البناية ٤٠٢/٨.

(٢) أي الذي يروىٰ عن عمر رضي الله عنه، وقد أخرجه عنه محمد بن الحسن في آخر الحدود من الأصل بلاغاً، كما في التعريف والإخبار١٩٥/٣.

(٣) أي مسلماً، وأقرَّ عند القاضي، وفي بعض نُسخ بداية المبتدي ص٣٤٦: إلينا مسلماً، وكذلك ثبت لفظ: مسلماً: في نسخة الهداية ٦٤٤هـ، ولكنه علَّم عليه. وينظر البناية ٤٠٤/٨.

(٤) روضة الطالبين ٩٤/١٠.

(٥) أي مقام الزاني.

(٦) قال في الدراية ١٠٤/٢: لم أجده، وروي موقوفاً عن زيد بن ثابت، وعن عمر رضي الله عنهما، المصنف لابن أبي شيبة (٢٨٨٦١).

وإذا دَخَلَ حربيٌّ دارَنا بأمانٍ، فزنىٰ بذِمِّيَّةٍ، أو زنىٰ ذِمِّيٌّ بحربيةٍ مستأمِنةٍ: يُحَدُّ الذميُّ والذميةُ عند أبي حنيفة رحمه الله، ولا يُحَدُّ الحربيُّ والحربيةُ.

ولأن المقصودَ هو الانزجارُ، وولايةُ الإمامِ منقَطِعَةٌ فيهما، فيَعرَىٰ الوجوبُ عن الفائدة.

ولا يُقامُ بعدَ ما خَرَجَ[١]؛ لأنها لم تنعقِدْ موجِبةً[٢]، فلا تنقَلِبُ موجِبةً[٣].

ولو غزا مَن له ولايةُ الإقامةِ بنفسه، كالخليفةِ وأميرِ المصر: يُقيمُ الحدَّ علىٰ مَن زنىٰ في معسكرِه؛ لأنه تحتَ يدِه[٤].

بخلافِ أميرِ العسكر والسَّرِيَّة؛ لأنه لم يُفوِّضْ إليهما الإمامُ الإقامةَ.

قال: (وإذا دَخَلَ حربيٌّ دارَنا بأمانٍ، فزنىٰ بذِمِّيَّةٍ[٥]، أو زنىٰ ذِمِّيٌّ[٦] بحربيةٍ مستأمِنةٍ: يُحَدُّ الذميُّ والذميةُ[٧] عند أبي حنيفة رحمه الله، ولا يُحَدُّ الحربيُّ والحربيةُ.

---

(١) أي لا يُقام الحد بعد ما خرج من دار الحرب، أو دار البغي.

(٢) أي هذه الفعلة أو الزنية لم تنعقد حال كونها موجبة للحد.

(٣) أي بعد الخروج إلينا، فلا يُحَدُّ.

(٤) وفي نُسخ: تحت أمره.

(٥) أو مسلمة. حاشية سعدي علىٰ الهداية.

(٦) أو مسلم. حاشية سعدي علىٰ الهداية.

(٧) وكذا المسلم والمسلمة. حاشية سعدي علىٰ الهداية.

وهو قول محمدٍ رحمه الله في الذميِّ.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يُحدُّون كلُّهم.

وهو قول محمدٍ رحمه الله في الذميِّ)، يعني إذا زنىٰ بحربية.

فأما إذا زنىٰ الحربيُّ بذميةٍ: فلا يُحدَّانِ عند محمدٍ رحمه الله، وهو قولُ أبي يوسف رحمه الله أوَّلاً.

(وقال أبو يوسف رحمه الله: يُحدُّون كلُّهم)، وهو قولُه الآخِرُ.

لأبي يوسف رحمه الله: أنَّ المستأمِنَ التزم أحكامَنا مدةَ مُقامِهِ في دارنا في المعاملات، كما أن الذميَّ التزَمَها مدةَ عمرِه، ولهذا يُحَدُّ حدَّ القذف، ويُقتَلُ قصاصاً، بخلاف حَدِّ الشُّرْب؛ لأنه يعتقِدُ إباحتَه.

ولهما: أنه ما دَخَلَ للقرار، بل لحاجةٍ[١]، كالتجارة ونحوِها، فلم يَصِرْ من أهلِ دارنا، ولهذا يُمكَّنُ من الرجوعِ إلىٰ دار الحرب.

ولا يُقتَلُ المسلمُ، ولا الذميُّ به[٢]، وإنما يَلتزمُ من الحُكْم ما يَرجعُ إلىٰ تحصيل مقصودِه، وهو حقوقُ العباد؛ لأنه[٣] لَمَّا طَمِعَ في الإنصاف[٤]:

---

(١) وفي نُسخ: لحاجته.

(٢) أي بالحربي المستأمِن، أي إذا قتله مسلمٌ أو ذميٌّ، والذمي إذا قتله مسلمٌ: يُقتص به عندنا، فعُلم أن الحربي لم يكن كالذمي. البناية ٨/٤٠٩.

(٣) أي الحربي المستأمِن.

(٤) أي العدل لأجله علىٰ غيره، أي إنصاف المسلمين. العناية ٥/٤٨، البناية ٨/٤١٠.

. . . .

يلتزمُ الانتصافَ[١]، والقصاصُ وحَدُّ القذف من حقوقهم، أما حَدُّ الزنا: فمَحْضُ حقِّ الشرعِ، فلا يكون ملتَزِماً إياه.

ولمحمدٍ رحمه الله، وهو الفَرْقُ: أن الأصلَ في باب الزنا: فِعْلُ الرجلِ، والمرأةُ تابعةٌ له، علىٰ ما نذكره إن شاء الله تعالىٰ.

فامتناعُ الحَدِّ في حَقِّ الأصل: يوجِبُ امتناعَه في حَقِّ التَّبَع، أما الامتناعُ في حَقِّ التَّبَعِ: لا يوجِبُ الامتناعَ في حَقِّ الأصل.

نظيرُه: إذا زنىٰ البالغُ بصبيَّةٍ، أو مجنونةٍ[٢].

وتمكينُ البالغةِ من الصبيِّ، والمجنونِ: لا حدَّ علىٰ أحدٍ عندنا[٣].

ولأبي حنيفة رحمه الله فيه: أن فِعْلَ الحربيِّ المستأمِنِ: زناً؛ لأنه مخاطَبٌ بالحُرُمات، علىٰ ما هو الصحيحُ وإن لم يكن مخاطَباً بالشرائع، علىٰ أصلنا.

والتمكينُ من فعلٍ هو زناً: موجِبٌ للحَدِّ عليها، بخلاف الصبيِّ، والمجنونِ؛ لأنهما لا يخاطَبان.

ونظيرُ هذا الاختلاف[٤]: إذا زنىٰ المكرَهُ بالمطاوِعةَ: تُحَدُّ المطاوِعةُ عنده، وعند محمدٍ رحمه الله: لا تُحَدُّ.

---

(١) أي العدل لغيره عليه؛ لأن الغُرم بإزاء الغُنْم.

(٢) فإنه يُحَدُّ البالغ، دونها.

(٣) قوله: لا حدَّ علىٰ أحد عندنا: مثبتٌ في نسخة ٦٤٤هـ، وهو قول محمد، وينظر لإثبات هذا المعنىٰ: العناية ٤٩/٥، والبناية ٤١٠/٨، وحاشية نسخة ٧٩٧هـ.

(٤) الواقع بين أبي حنيفة وبين محمد رحمهما الله.

وإذا زنىٰ الصبيُّ أو المجنونُ بامرأةٍ طاوَعَتْه : فلا حَدَّ عليه، ولا عليها.

وإن زنىٰ صحيحٌ بمجنونةٍ، أو صغيرةٍ يُجامَعُ مثلُها : حُدَّ الرجلُ خاصةً.

قال: (إذا زنىٰ الصبيُّ أو المجنونُ بامرأةٍ طاوَعَتْه: فلا حَدَّ عليه، ولا عليها[١]).

وقال زفر والشافعي[٢] رحمهما الله: يجب الحدُّ عليها، وهو روايةٌ عن أبي يوسف رحمه الله.

قال: (وإن زنىٰ صحيحٌ بمجنونةٍ، أو صغيرةٍ يُجامَعُ مثلُها: حُدَّ الرجلُ خاصةً)، وهذا بالإجماع.

لهما[٣]: أن العُذْرَ من جانبِها[٤]: لا يوجِبُ سقوطَ الحدِّ من جانبه، فكذا العُذرُ من جانبِه[٥]، وهذا لأن كلاًّ منهما مؤاخَذٌ بفعله.

ولنا: أن فِعْلَ الزنا يتحَقَّقُ منه[٦]، وإنما هي مَحَلُّ الفعل[٧]، ولهذا يسمىٰ هو واطئاً وزانياً، والمرأةُ موطوءةً ومزنِيّاً بها، إلا أنها سُمِّيتْ زانيةً

---

(١) احتياطاً في درء الحد. منحة الخالق لابن عابدين ٥/١٩.

(٢) الحاوي الكبير ١٢/٢٠٠.

(٣) أي أدلة زفر والشافعي رحمهما الله في مسألة: إذا زنىٰ الصبي....

(٤) كما لو كانت مجنونة أو صغيرة.

(٥) بأن كان مجنوناً أو صغيراً.

(٦) أي من الرجل.

(٧) أي فعل الزنا.

ومَن أَكْرَهَه السلطانُ حتىٰ زنىٰ : فلا حَدَّ عليه.

مجازاً؛ تسميةً للمفعول باسم الفاعل، كالراضية في معنىٰ المَرْضيَّة، أو[1] لكونها مسبِّبَةً بالتمكين، فتَعَلُّقُ الحَدِّ[2] في حَقِّها بالتمكين: من قبيحِ الزنا.

وهو[3] فِعْلُ مَن هو مخاطَبٌ بالكَفِّ عنه، ومُؤَثَّمٌ[4] علىٰ مباشرته، وفِعْلُ الصبيِّ ليس بهذه الصفة[5]، فلا يُناطُ به الحَدُّ.

قال: (ومَن أَكْرَهَه السلطانُ حتىٰ زنىٰ: فلا حَدَّ عليه).

وكان أبو حنيفة رحمه الله يقولُ أوَّلاً: يُحَدُّ[6]، وهو قولُ زفر رحمه الله؛ لأنَّ الزنا من الرجل لا يُتصوَّر إلا بعد انتشارِ الآلةِ، وهذا آيةُ الطواعية.

ثم رَجَعَ عنه[7]، فقال: لا حَدَّ عليه.

وجهُ قولِه الآخِرِ[8]: أنَّ السببَ المُلجِئَ[9] قائمٌ حقيقةً وظاهراً، والانتشارَ

---

(١) أو: معطوفة علىٰ: تسميةً للمفعول، لبيان كيف صار ذلك مجازاً.

(٢) هذا مبتدأ، والخبر: من قبيح الزنا. البناية ٨/٤١٢.

(٣) أي الزنا.

(٤) أي الزنا.

(٥) فلم يكن فعلُه زناً؛ لعدم تكليفه، فلم تكن المرأةُ مزنياً بها، فلا يناط أي لا يتعلق بهذا الفعل حد الزنا.

(٦) وفي نُسخ: عليه الحد.

(٧) أي رجع الإمام أبو حنيفة رحمه الله عن هذا القول.

(٨) أي قول أبي حنيفة الآخر: لا حدَّ عليه.

(٩) وهو الإكراه.

وإن أكرهه غيرُ السلطان : حُدَّ عند أبي حنيفة رحمه الله .

وقالا : لا يُحدُّ.

دليلٌ محتمِلٌ؛ لأنه[١] قد يكونُ من غير قَصْدٍ، طَبْعاً، لا طَوْعاً، كما في النائم، فلا يزولُ اليقينُ بالمحتمِل، فأورَثَ شبهةً.

قال: (وإن أكرهه غيرُ السلطان: حُدَّ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: لا يُحدُّ)؛ لأن الإكراهَ عندهما قد يتحقَّقُ من غير السلطان؛ لأن المُؤثِّرَ خوفُ الهلاك، وأنه يتحقَّقُ من غيره.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الإكراهَ من غيرِ السلطان لا يدومُ إلا نادراً؛ لتمكُّنه[٢] من الاستعانة بالسلطان، أو بجماعةِ المسلمين.

ويُمكِنُه دَفْعُه بنفسه بالسلاح، والنادرُ لا حُكْمَ له، فلا يسقطُ به الحدُّ.

بخلاف السلطان؛ لأنه لا يُمكِنُه الاستعانةُ بغيره، ولا الخروجُ بالسلاح عليه، فافترقا.

قالوا[٣]: هذا اختلافُ عصرٍ وزمانٍ؛ لأنه لم يكن في زمن أبي حنيفة لغير السلطان من القوة ما لا يُمكنُ دفعُها بالسلطان، وفي زمنهما ظهرتِ القوةُ لكلِّ متغلِّبٍ، وزمانُنا كذلك، فصلُح شبهةً لإسقاط الحدِّ، فيُفتىٰ بقولهما.

---

(١) أي الانتشار.

(٢) أي المكرَه.

(٣) وفي نُسخ: قيل، وهنا أُنبِّه إلىٰ أن النُّسَخ في هذا المكان فيها اضطرابٌ ونقصٌ وزيادةٌ، وقد اجتهدتُ إثباتَ ما رأيتُه الصوابَ.

ومَن أقرَّ أربعَ مراتٍ في مجالسَ مختلفةٍ أنه زنىٰ بفلانةَ، وقالت هي: قد تزوَّجني، أو أقرَّتْ بالزنا، وقال الرجلُ: تزوَّجْتُها: فلا حَدَّ عليه، وعليه المهرُ في ذلك.

ومن زنىٰ بجاريةٍ، فقتَلَها: فإنه يُحَدُّ، وعليه القيمةُ.

قال: (ومَن أقرَّ أربعَ مراتٍ في مجالسَ مختلفةٍ أنه زنىٰ بفلانةَ، وقالت هي: قد تزوَّجني، أو أقرَّتْ بالزنا، وقال الرجلُ: تزوَّجْتُها: فلا حَدَّ عليه، وعليه المهرُ في ذلك)؛ لأن دعوىٰ النكاحِ تحتملُ الصدقَ، وهو يقومُ بالطرفَيْن، فأورث شبهةً.

وإذا سقط الحَدُّ: وجب المهرُ؛ تعظيماً لخَطَر البُضْع.

قال: (ومن زنىٰ بجاريةٍ، فقتَلَها: فإنه يُحَدُّ، وعليه القيمةُ).

معناه: قتَلَها بفِعْل الزنا؛ لأنه جَنَىٰ جنايتَيْن، فيُوَفَّرُ علىٰ كلٍّ واحدٍ منهما حُكْمُه.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يُحَدُّ؛ لأن تقرُّرَ ضمانِ القيمة: سببٌ لملك الأمة؛ فصار كما إذا اشتراها بعد ما زنىٰ بها، وهو علىٰ هذا الخلاف.

واعتراضُ سببِ الملك قبلَ إقامة الحَدِّ: يوجِبُ سقوطَه، كما إذا مَلَكَ المسروقَ قبلَ القطع.

ولهما: أنه ضمانُ قَتْلٍ، فلا يوجِبُ الملكَ؛ لأنه ضمانُ دمٍ[1]، ولو كان

---

(١) لا ضمان مال.

وكلُّ شيءٍ صَنَعَه الإمامُ الذي ليس فوقَه إمامٌ: فلا حَدَّ عليه، إلا القصاصُ: فإنه يُؤخَذُ به وبالأموال.

يوجِبُه: فإنما يوجِبُه في العين، كما في هبة المسروق، لا في منافعِ البُضْع؛ لأنها استُوفِيَتْ، والمِلْكُ يثبتُ مستنِداً، فلا يَظهَرُ في المستوفَىٰ؛ لكونها معدومةً.

وهذا بخلاف ما إذا زنىٰ بها، فأذهب عينَها[١]، حيث تجبُ عليه قيمتُها، ويَسقطُ الحَدُّ؛ لأن الملكَ هنالك يَثبتُ في الجُثَّةِ العمياء[٢]، وهي عَيْنٌ، فأورث شبهةً.

قال: (وكلُّ شيءٍ[٣] صَنَعَه الإمامُ الذي ليس فوقَه إمامٌ: فلا حَدَّ عليه، إلا القصاصُ: فإنه يُؤخَذُ به وبالأموال).

لأن الحدودَ حَقُّ اللهِ تعالىٰ، وإقامتُها إليه، لا إلىٰ غيره، ولا يُمكِنُه أن يُقيمَ الحدَّ علىٰ نفسِه؛ لأنه لا يُفيدُ[٤].

---

(١) وفي نُسخ: عينيها.

(٢) هي مسألة: مَن فَقَأَ عينَيْ عبدٍ مملوك، فإنه يُخيَّرُ مولاه: إن شاء دَفَعَ عبدَه المفقوءَ للفاقِئ، وأَخَذَ منه قيمتَه كاملةً، أو أَمْسَكَه، ولا يأخذُ منه النُّقْصان، وقالا: له أَخْذ النقصان، وقال الشافعي: ضمَّنه القيمةَ، وأمسك الجُثَّةَ العمياء. ينظر الدر المختار مع ابن عابدين ٦/٦٢٠ (ط البابي)، الجناية علىٰ العبد.

(٣) مما يجب به الحد. حاشية سعدي.

(٤) لأن فائدة إقامته الزجر، ولا بد أن يكون الزاجر غيرَ المزجور، فلا يفيد.

. . . .

بخلاف حقوقِ العباد؛ لأنه يستوفيه وَلِيُّ الحَقِّ، إما بتمكينه، أو بالاستعانة بمَنَعَة المسلمين.

والقصاصُ، والأموالُ: منها(١).

وأما حَدُّ القذف: فقالوا: المُغَلَّبُ فيه: حقُّ الشرع، فحُكْمُه كحُكْم سائر الحدود التي هي حَقُّ الله تعالىٰ(٢)، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي من حقوق العباد.

(٢) أي فلا يُؤاخَذ به الإمام.

باب
الشهادة علىٰ الزنا، والرجوع عنها

وإذا شَهِدَ الشهودُ بحَدٍّ متقادِمٍ، لم يَمنَعْهُم عن إقامتِه بُعْدُهم عن الإمام : لم تُقبَلْ شهادتُهُم، إلا في حَدِّ القذف خاصةً .

وفي «الجامع الصغير» : وإذا شَهِدَ عليه الشهودُ بسرقةٍ، أو بشُرْبِ خمرٍ، أو بزناً بعد حينٍ : لم يُؤخَذْ به، وضَمِنَ السرقةَ .

باب
الشهادة علىٰ الزنا، والرجوع عنها

قال: (وإذا شَهِدَ الشهودُ بحَدٍّ متقادِمٍ، لم يَمنَعْهُم عن إقامتِه بُعْدُهم عن الإمام: لم تُقبَلْ شهادتُهُم، إلا في حَدِّ القذف خاصةً.

وفي «الجامع الصغير[1]»: وإذا شَهِدَ عليه الشهودُ بسرقةٍ، أو بشُرْبِ خمرٍ، أو بزناً بعد حينٍ: لم يُؤخَذْ به[2]، وضَمِنَ السرقةَ).

والأصلُ فيه: أن الحدودَ الخالصةَ حقاً لله تعالىٰ تَبطلُ بالتقادم عندنا.

خلافاً للشافعي[3] رحمه الله، هو يعتبرُها بحقوق العباد؛ لأن كلَّ

---

(١) ص١٤٥.

(٢) أي بالحد. حاشية نسخة ٧٣١هـ.

(٣) لم أقف عليه فيما تيسر لي من كتب الشافعية.

. . . .

واحدٍ من الحقَّيْن واجبُ الإقامة، وبالإقرار الذي هو إحدىٰ الحُجَّتَيْن.

ولنا: أن الشاهدَ مُخيَّرٌ بين حِسْبَتَيْن: أداءِ الشهادة، والسَّترِ، فالتأخيرُ إن كان لاختيار السَّتْر: فالإقدامُ علىٰ الأداء بعد ذلك: لضغينةٍ هيَّجَتْه، أو لعداوةٍ حرَّكَتْه، فيُتَّهمُ فيها.

وإن كان التأخيرُ لا للسَّتْر: يصيرُ فاسقاً آثماً، فتيقَّنَّا بالمانع.

بخلاف الإقرار: لأن الإنسانَ لا يُعادِي نفسَه.

فحَدُّ الزنا، وشُرْبِ الخمر، والسرقةِ: خالِصُ حَقِّ الله تعالىٰ، حتىٰ يصحُّ الرجوعُ عنها بعد الإقرار، فيكون التقادُمُ فيه مانعاً.

وحَدُّ القذفِ: فيه حَقُّ العبدِ؛ لِمَا فيه من دَفْعِ العارِ عنه، ولهذا لا يصحُّ الرجوعُ عنه بعدَ الإقرار، والتقادُمُ غيرُ مانعٍ في حقوق العباد.

ولأن الدعوىٰ فيه شَرْطٌ، فيُحْمَلُ تأخيرُهم علىٰ انعدام الدعوىٰ، فلا يوجِبُ تفسيقَهُم.

بخلاف حَدِّ السرقة: لأن الدعوىٰ فيه ليست بشَرْطٍ للحَدِّ؛ لأنه خالصُ حَقِّ الله تعالىٰ، علىٰ ما مَرَّ، وإنما شُرِطَت[1] للمال.

ولأنَّ الحكمَ يُدارُ علىٰ كَوْنِ الحَدِّ حَقّاً لله تعالىٰ، فلا يُعتبرُ وجودُ التهمةِ في كلِّ فردٍ.

---

(١) أي الدعوىٰ.

. . . .

ولأنَّ السرقةَ تُقامُ علىٰ الاستسرار[١] علىٰ غِرَّةٍ من المالك، فيجبُ علىٰ الشاهد إعلامُه، وبالكتمان يصيرُ فاسقاً آثماً.

ثم التقادمُ كما يَمنعُ قبولَ الشهادةِ في الابتداء: يَمنعُ الإقامةَ بعد القضاء عندنا، خلافاً لزفر رحمه الله، حتىٰ لو هَرَبَ بعد ما ضُرِبَ بعضُ الحدِّ، ثم أُخِذَ بعد ما تقادَمَ الزمانُ: لا يُقامُ عليه الحدُّ؛ لأن الإمضاءَ: من القضاء[٢] في باب الحدود.

واختلفوا في حَدِّ التقادم، وأشار في «الجامع الصغير[٣]» إلىٰ ستة أشهرٍ، فإنه قال: بعد حين[٤]، وهكذا أشار الطحاويُّ رحمه الله.

وأبو حنيفة رحمه الله لم يُقَدِّر في ذلك، وفوَّضه إلىٰ رأيِ القاضي[٥] في كلِّ عصرٍ.

وعن محمدٍ رحمه الله: أنه قدَّره بشهرٍ؛ لأنَّ ما دونَه عاجلٌ، وهو روايةٌ عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وهو الأصح.

وهذا إذا لم يكنْ بين القاضي وبينهم مسيرةُ شهرٍ، أما إذا كان[٦]: تُقبَلُ

---

(١) أي الخفاء.

(٢) أي إن الاستيفاء: من القضاء، فهو مفوَّضٌ للإمام. البناية ٨/٤٢٢.

(٣) ص١٤٥.

(٤) والحينُ: ستة أشهر.

(٥) وفي نُسخ: الإمام.

(٦) أي كان بينهم وبين القاضي مسيرة شهر.

وإذا شهدوا علىٰ رجلٍ أنه زنىٰ بفلانةَ، وفلانةُ غائبةٌ : فإنه يُحَدُّ .

وإن شهدوا أنه سَرَقَ من مالِ فلانٍ، وهو غائبٌ : لم يُقطَع .

وإن شَهِدوا أنه زنىٰ بامرأةٍ لا يَعرفونها : لم يُحَدَّ .

وإن أقرَّ بذلك : حُدَّ .

وإن شهد اثنان أنه زنىٰ بفلانةَ، فاستكرَهَها، وآخران أنها طاوَعَتْه : . . .

شهادتُهم؛ لأن المانعَ بُعْدُهم عن الإمام، فلا تتحقَّقُ التهمةُ.

والتقادُم في حَدِّ الشرب: كذلك[1] عند محمدٍ رحمه الله.

وعندهما: يُقدَّر بزوال الرائحة، علىٰ ما يأتيكَ في بابه إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (وإذا شهدوا علىٰ رجلٍ أنه زنىٰ بفلانةَ، وفلانةُ[2] غائبةٌ: فإنه يُحَدُّ.

وإن شهدوا أنه سَرَقَ من مالِ فلانٍ، وهو غائبٌ: لم يُقطَع).

والفرقُ: أن بالغَيْبة تنعدمُ الدعوىٰ، وهي شَرْطٌ في السرقة، دون الزنا، وبالحضور[3] تُتوهَّمُ دعوىٰ الشبهة، ولا معتبرَ بالموهوم.

قال: (وإن شَهِدوا أنه زنىٰ بامرأةٍ لا يَعرفونها: لم يُحَدَّ)؛ لاحتمال أنها امرأتُه، أو أمتُه، بل هو الظاهرُ.

قال: (وإن أقرَّ بذلك: حُدَّ)؛ لأنه لا تَخفىٰ عليه امرأتُه، أو أمتُه.

قال: (وإن شهد اثنان أنه زنىٰ بفلانةَ، فاستكرَهَها، وآخَران أنها طاوَعَتْه:

---

(١) أي مقدَّرٌ بشهر.

(٢) وضُبطت في نُسَخٍ بالتنوين: وفلانةٌ.

(٣) أي بحضور المرأة الغائبة.

دُرِئ الحدُّ عنهما جميعاً عند أبي حنيفة رحمه الله

وقالا : يُحَدُّ الرجلُ خاصةً.

وإن شهد اثنان أنه زنىٰ بامرأةٍ بالكوفة، وآخَران أنه زنىٰ بها بالبصرة : دُرِئَ الحدُّ عنهما جميعاً.

دُرِئ الحدُّ عنهما جميعاً عند أبي حنيفة رحمه الله)، وهو قولُ زفر رحمه الله تعالىٰ.

(وقالا: يُحَدُّ الرجلُ خاصةً)؛ لاتفاقهما علىٰ الموجِبِ، وتفرُّدِ أحدِهما بزيادةِ جنايةٍ، وهي الإكراهُ.

بخلاف جانبِها؛ لأن طواعيتَها شَرْطُ تحققِ الموجِبِ في حقِّها، ولم يثبتْ؛ لاختلافهما.

وله: أنه اختلف المشهودُ عليه؛ لأن الزنا فِعْلٌ واحدٌ يقومُ بهما.

ولأنَّ شاهدَيِ الطواعيةِ صارا قاذِفَيْن لها.

وإنما يسقطُ الحدُّ عنهما بشهادة شاهدَيِ الإكراه؛ لأنَّ زناها مكرَهةً يُسقِطُ إحصانَها، فصارا خصمَيْن في ذلك[1].

قال: (وإن شهد اثنان أنه زنىٰ بامرأةٍ بالكوفة، وآخَران أنه زنىٰ بها بالبصرة: دُرِئَ الحدُّ عنهما جميعاً)؛ لأن المشهودَ به فِعْلُ الزنا، وقد اختَلف باختلاف المكان، ولم يَتِمَّ علىٰ كلِّ واحدٍ منهما نصابُ الشهادة.

---

(١) أي في إثبات ذلك الزنا.

وإن اختلفوا في بيتٍ واحدٍ: حُدَّ الرجلُ، والمرأةُ جميعاً.

وإن شهد أربعةٌ أنه زنىٰ بامرأةٍ بالنُّخَيْلة، عند طلوع الشمس، وأربعةٌ أنه زنىٰ بها عند طلوعِ الشمس بدَيْر هِنْدٍ: دُرِىءَ الحَدُّ عنهم جميعاً.

ولا يُحَدُّ الشهودُ؛ خلافاً لزفر رحمه الله؛ لشبهة الاتحاد؛ نظراً إلىٰ اتحاد الصورةِ، والمرأة.

قال: (وإن اختلفوا في بيتٍ واحدٍ: حُدَّ الرجلُ، والمرأةُ جميعاً)؛ معناه: أنْ يشهدَ كلُّ اثنين علىٰ الزنا في زاويةٍ، وهذا استحسانٌ.

والقياسُ: أن لا يجبَ الحَدُّ؛ لاختلاف المكان حقيقةً.

وَجْهُ الاستحسان: أن التوفيقَ ممكنٌ، بأن يكون ابتداءُ الفعل في زاويةٍ، والانتهاءُ في زاويةٍ أخرىٰ، بالاضطراب، أوْ لأن الواقعَ في وسط البيت، فيَحسَبُه مَن في المقدَّم في المقدَّم، ومَن في المؤخَّر في المؤخَّر، فيشهدُ كلُّ واحدٍ منهم بحسب ما عنده.

قال: (وإن شهد أربعةٌ أنه زنىٰ بامرأةٍ بالنُّخَيْلة[١]، عند طلوع الشمس، وأربعةٌ أنه زنىٰ بها عند طلوعِ الشمس بدَيْر هِنْدٍ[٢]: دُرِىءَ الحَدُّ عنهم جميعاً).

أما عنهما[٣]: فلأنَّا تيقَّنَّا بكذبِ أحدِ الفريقين غيرَ[٤] عَيْنٍ.

---

(١) موضعٍ قريبٍ من الكوفة، سَمْتَ الشام. المغرب ٢/٢٩٤، البناية ٨/٤٢٨.

(٢) موضعٍ قريب بظاهر الكوفة. فتح القدير ٥/٦٤، المغرب ٢/٢٩٤، وفي معجم البلدان ٢/٥٤١: دَيْر هند الصغرىٰ: بالحِيْرة. اهـ.

(٣) أي الرجل والمرأة.

(٤) وضبطت في نُسخ: غيرِ. بكسر الراء.

وإن شهد أربعةٌ علىٰ امرأةٍ بالزنا وهي بِكْرٌ: دُرِئَ الحَدُّ عنهما، وعنهم.

وإن شهد أربعةٌ علىٰ رجلٍ بالزنا، وهم عُمْيانٌ، أو محدُوْدون في قذفٍ، أو أحدُهم عبدٌ، أو محدُوْدٌ في قذفٍ: فإنهم يُحَدُّون، ولا يُحَدُّ المشهودُ عليه.

وإن شهدوا بذلك وهم فُسَّاقٌ، أو ظَهَرَ أنهم فُسَّاقٌ: لم يُحَدُّوا.

وأما عن الشهود: فلاحتمال صِدْقِ كلِّ فريق.

قال: (وإن شهد أربعةٌ علىٰ امرأةٍ بالزنا وهي بِكْرٌ: دُرِئَ الحَدُّ عنهما، وعنهم)؛ لأن الزنا لا يتحقَّقُ مع بقاءِ البكارة.

ومعنىٰ المسألة: أن النساءَ نَظَرْنَ إليها، فقُلْنَ: إنها بِكْرٌ، وشهادتُهنَّ حُجَّةٌ في إسقاط الحدِّ، وليست بحُجَّةٍ في إيجابه، فلهذا سقط الحدُّ عنهما، ولا يجب عليهم.

قال: (وإن شهد أربعةٌ علىٰ رجلٍ بالزنا، وهم عُمْيانٌ، أو محدُوْدون في قذفٍ، أو أحدُهم عبدٌ، أو محدُوْدٌ في قذفٍ: فإنهم يُحَدُّون، ولا يُحَدُّ المشهودُ عليه)؛ لأنه لا يثبتُ بشهادتهم المالُ، فكيف يثبتُ الحَدُّ وهم ليسوا من أهل أداءِ الشهادة؟!

والعبدُ ليس بأهلٍ للتحمُّل والأداء، فلم تَثبتْ شبهةُ الزنا؛ لأن الزنا يثبت بالأداء.

قال: (وإن شهدوا بذلك وهم فُسَّاقٌ، أو ظَهَرَ أنهم فُسَّاقٌ: لم يُحَدُّوا)؛ لأن الفاسقَ من أهلِ الأداءِ والتحمُّلِ وإن كان في أدائه نوعُ قصورٍ؛ لتهمة الفسق، ولهذا لو قضىٰ القاضي بشهادته: يَنفُذُ عندنا، فتثبتُ بشهادتهم شبهةُ الزنا.

وإن نَقَصَ عددُ الشهودِ عن أربعةٍ : حُدُّوا.

وإن شهد أربعةٌ علىٰ رجلٍ بالزنا، فضُرِبَ بشهادتهم، ثم وُجِدَ أحدُهم عبداً، أو محدوداً في قذفٍ : فإنهم يُحَدُّون.

وليس عليهم، ولا علىٰ بيتِ المالِ أَرْشُ الضرب.

وباعتبار قُصورٍ في الأداء؛ لتهمة الفسق: تثبتُ شبهةُ عدم الزنا، فلهذا يمتنع الحَدَّان[١].

ويأتّىٰ فيه خلافُ الشافعيِّ رحمه الله؛ بناءً علىٰ أصلِه: أن الفاسقَ ليس من أهل الشهادة، فهو كالعبد عنده[٢].

قال: (وإن نَقَصَ عددُ الشهودِ عن أربعةٍ: حُدُّوا)؛ لأنهم قَذَفَةٌ، إذ لا حِسْبَةَ[٣] عند نقصانِ العددِ، وخروجُ الشهادة عن القذفِ: باعتبارها[٤].

قال: (وإن شهد أربعةٌ علىٰ رجلٍ بالزنا، فضُرِبَ بشهادتهم، ثم وُجِدَ أحدُهم عبداً، أو محدوداً في قذفٍ: فإنهم يُحَدُّون)؛ لأنهم قَذَفَةٌ، إذِ الشهودُ ثلاثةٌ.

قال: (وليس عليهم، ولا علىٰ بيتِ المالِ أَرْشُ الضرب.

---

(١) حدُّ الزنا علىٰ المشهود عليه، وحدُّ القذف علىٰ الشهود.

(٢) أي يُحَدُّ الشهودُ حدَّ القذف عنده. البناية ٨/٤٣١، وشهادةُ العبد عند الشافعي باطلةٌ غير مقبولة. الحاوي الكبير ١٧/٢٧١.

(٣) أي لإقامة الحد.

(٤) أي باعتبار الحسبة.

وإن رُجِمَ: فدِيَتُه علىٰ بيت المال، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: أَرْشُ الضربِ أيضاً علىٰ بيت المال.

قال العبدُ الضعيف عَصَمَه الله: معناه: إذا كان جَرَحَه الضربُ.

وإن رُجِمَ: فدِيَتُه علىٰ بيت المال، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: أَرْشُ الضربِ أيضاً علىٰ بيت المال.

قال العبدُ الضعيف عَصَمَه الله: معناه: إذا كان جَرَحَه الضربُ).

وعلىٰ هذا الخلافِ: إذا مات من الضرب.

وعلىٰ هذا: إذا رجع الشهودُ: لا يَضمَنون عندَه، وعندهما: يضمَنون.

لهما: أن الواجبَ بشهادتهم مطلَقُ الضرب، إذِ الاحترازُ عن الجَرْحِ خارجٌ عن الوُسْع، فيَنتظِمُ الجارحَ وغيرَه، فيُضافُ إلىٰ شهادتهم، فيَضمَنون بالرجوع.

وعند عدمِ الرجوع: تجبُ علىٰ بيت المال؛ لأنه ينتقِلُ فِعْلُ الجَلاَّد إلىٰ القاضي، وهو عامِلٌ للمسلمين، فتجبُ الغَرامةُ في مالهم، فصار كالرجم والقصاص.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الواجب هو الحدُّ[1]، وهو ضَرْبٌ مؤلِمٌ غيرُ جارحٍ، ولا مُهْلِكٍ، فلا يقعُ جارحاً ظاهراً إلا لمعنىً في الضارب، وهو قِلَّةُ هدايتِه، فاقتَصَرَ عليه[2]، إلا أنه لا يجبُ عليه الضمانُ، في الصحيح؛

---

(١) وفي طبعات الهداية القديمة: الجلد.

(٢) أي فاقتصر الجرحُ أو الهلاك علىٰ الضارب، من غير أن يُضاف إلىٰ الشهود أو القاضي. البناية ٨/٤٣٥.

وإن شَهِدَ أربعةٌ علىٰ شهادةِ أربعةٍ علىٰ رجلٍ بالزنا: لم يُحَدَّ.

فإن جاء الأوَّلون فشَهِدُوا علىٰ المعايَنَة في ذلك المكان: لم يُحَدَّ أيضاً.

وإذا شهد أربعةٌ علىٰ رجلٍ بالزنا، فرُجِمَ، فكلَّما رَجَعَ واحدٌ: حُدَّ الراجعُ وَحْدَه، وغَرِمَ رُبُعَ الدية.

كي لا يمتنعَ الناسُ عن الإقامة؛ مَخافةَ الغَرَامة.

قال: (وإن شَهِدَ أربعةٌ علىٰ شهادةِ أربعةٍ علىٰ رجلٍ بالزنا: لم يُحَدَّ)؛ لِمَا فيها[1] من زيادةِ الشبهة، ولا ضرورةَ إلىٰ تحمُّلها.

قال: (فإن جاء الأوَّلون فشَهِدُوا علىٰ المعايَنَة في ذلك المكان: لم يُحَدَّ أيضاً).

معناه: شهدوا علىٰ ذلك الزنا بعَيْنِه؛ لأن شهادتَهم قد رُدَّت من وجهٍ بردِّ شهادةِ الفروع في عَيْنِ هذه الحادثة، إذ هم قائمون مَقامَهم في الأمر والتحميل.

ولا يُحَدُّ الشهودُ: لأن عددَهم متكامِلٌ، وامتناعُ الحَدِّ عن المشهودِ عليه لنوعِ شُبْهةٍ، وهي كافيةٌ لدَرْءِ الحَدِّ، لا لإيجابه.

قال: (وإذا شهد أربعةٌ علىٰ رجلٍ بالزنا، فرُجِمَ، فكلَّما رَجَعَ واحدٌ: حُدَّ الراجعُ وَحْدَه، وغَرِمَ رُبُعَ الدية).

أما الغرامةُ: فلأنه بقِيَ مَن يَبقىٰ بشهادتِه: ثلاثةُ أرباعِ الحَقِّ، فيكونُ التالفُ بشهادةِ الراجعِ: رُبُعَ الحَقِّ.

---

(١) أي في شهادة الفروع.

فإن لم يُحَدَّ المشهودُ عليه حتىٰ رَجَعَ واحدٌ منهم: حُدُّوا جميعاً، وسَقَطَ الحدُّ عن المشهودِ عليه.

وقال الشافعي رحمه الله: يجبُ القتلُ[١]، دونَ المالِ؛ بناءً علىٰ أصلِه في شهود القصاص، وسنُبيِّنُه في الديات إن شاء الله تعالىٰ.

وأما الحَدُّ: فمذهبُ علمائنا الثلاثةِ رحمهم الله.

وقال زفر رحمه الله: لا يُحَدُّ؛ لأنه إن كان الراجعُ قاذِفَ حيٍّ: فقد بطل بالموت، وإن كان قاذفَ ميتٍ: فهو مَرْجومٌ بحكم القاضي، فيورِثُ ذلك شبهةً.

ولنا: أن الشهادةَ إنما تَنقَلِبُ قَذْفاً بالرجوع؛ لأن به تُفسَخُ شهادتُه، فجُعِلَ للحال قَذْفاً للميت، وقد انفسختِ الحُجَّةُ، فيَنفسِخُ ما يُبتَنىٰ عليه[٢]، وهو القضاءُ في حَقِّه، فلا يُورِثُ الشبهةَ.

بخلاف ما إذا قَذَفَه غيرُه؛ لأنه غيرُ محصَنٍ في حَقِّ غيرِه؛ لقيام القضاء في حَقِّه.

قال: (فإن لم يُحَدَّ المشهودُ عليه حتىٰ رَجَعَ واحدٌ منهم: حُدُّوا جميعاً، وسَقَطَ الحدُّ عن المشهودِ عليه).

وقال محمدٌ رحمه الله: حُدَّ الراجعُ خاصةً؛ لأنَّ الشهادةَ تأكَّدتْ بالقضاء، فلا تَنفسِخُ إلا في حَقِّ الراجعِ، كما إذا رَجَعَ بعد الإمضاء.

---

(١) أي قُتل الراجع. الأم ٧/ ١٣٢.

(٢) أي الحجة، علىٰ تأويل الكلام. البناية ٨/ ٤٣٧.

فإن كانوا خمسةً، فرَجَعَ أحدُهم : فلا شيءَ عليه.

فإن رَجَعَ آخَرُ : حُدَّا، وغرِمَا رُبُعَ الدية.

وإن شَهِدَ أربعةٌ علىٰ رجلٍ بالزنا، فزُكُّوا، فرُجِمَ، فإذا الشهودُ. . . . .

ولهما: أن الإمضاءَ: من القضاء، فصار كما إذا رَجَعَ واحدٌ منهم قبلَ القضاء، ولهذا يسقطُ الحَدُّ عن المشهودِ عليه.

ولو رَجَعَ واحدٌ منهم قبلَ القضاء: حُدُّوا جميعاً.

وقال زفر رحمه الله: يُحَدُّ الراجعُ خاصةً؛ لأنه لا يُصدَّقُ علىٰ غيره.

ولنا: أنَّ كلامَهم قَذْفٌ في الأصل، وإنما يصيرُ شهادةً باتصال القضاء به، فإذا لم يتَّصِلْ به: بقِيَ قذفاً، فيُحَدُّون.

قال: (فإن كانوا خمسةً، فرَجَعَ أحدُهم: فلا شيءَ عليه[1])؛ لأنه بقِيَ مَن يَبقىٰ بشهادته: كلُّ الحَقِّ، وهو شهادةُ الأربعة.

(فإن رَجَعَ آخَرُ: حُدَّا، وغرِمَا رُبُعَ الدية).

أما الحَدُّ: فلِمَا ذكرنا.

وأما الغَرَامةُ: فلأنه بقِيَ مَن يبقىٰ بشهادته: ثلاثةُ أرباع الحَقِّ، والمعتبرُ بقاءُ مَن بقِيَ، لا رجوعُ مَن رَجَعَ، علىٰ ما عُرِف[2].

قال: (وإن شَهِدَ أربعةٌ علىٰ رجلٍ بالزنا، فزُكُّوا، فرُجِمَ، فإذا الشهودُ

---

(١) وفي نُسخ: عليهم.

(٢) في كتاب الشهادة.

مَجوسٌ، أو عبيدٌ: فالديةُ علىٰ المُزكِّين عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: هي علىٰ بيت المال.

وإذا شهد أربعةٌ علىٰ رجلٍ بالزنا، فأَمَرَ القاضي برَجْمه، فضَرَبَ. . . .

مَجوسٌ، أو عبيدٌ: فالديةُ علىٰ المُزكِّين عند أبي حنيفة رحمه الله).

معناه: إذا رجعوا عن التزكية.

(وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: هي علىٰ بيت المال).

وقيل: هذا إذا قالوا: تعمَّدنا التزكيةَ مع عِلْمِنا بحالهم.

لهما: أنهم أَثْنَوْا علىٰ الشهودِ خيراً، فصار كما إذا أَثْنَوْا علىٰ المشهود عليه خيراً، بأن شهدوا علىٰ إحصانه.

وله: أن الشهادةَ إنما تصيرُ حُجَّةً وعامِلَةً: بالتزكية، فكانتِ التزكيةُ في معنىٰ عِلَّةِ العِلَّة، فيُضافُ الحكمُ إليها.

بخلاف شهودِ الإحصان؛ لأنه مَحْضُ الشرط.

ولا فَرْقَ بين ما إذا شهدوا بلفظة: الشهادة، أو: أَخبَروا، وهذا إذا أخبروا بالحرية والإسلام.

أما إذا قالوا: هم عُدُولٌ، وظَهَروا أنهم عبيدٌ: لا يَضمَنون؛ لأن العبدَ قد يكون عَدْلاً.

ولا ضمانَ علىٰ الشهود؛ لأنه لم يقعْ كلامُهم شهادةً.

ولا يُحَدُّون حَدَّ القذف: لأنهم قَذَفوا حيّاً، وقد مات، فلا يُورَثُ عنه.

قال: (وإذا شهد أربعةٌ علىٰ رجلٍ بالزنا، فأَمَرَ القاضي برَجْمه، فضَرَبَ

رجلٌ عُنُقَه، ثم وُجِدَ الشهودُ عبيداً : فعلىٰ القاتل الديةُ في مالِه استحساناً.

قال : وإن رُجِمَ، ثم وُجِدوا عبيداً : فالديةُ علىٰ بيت المال.

رجلٌ عُنُقَه، ثم وُجِدَ الشهودُ عبيداً: فعلىٰ القاتل الديةُ في مالِه استحساناً).

وفي القياس: يجب القصاصُ؛ لأنه قَتَلَ نفساً معصومةً بغير حَقٍّ.

وَجْهُ الاستحسانِ: أنَّ القضاءَ صحيحٌ ظاهراً وقتَ القتلِ، فأورث شبهةً.

بخلاف ما إذا قَتَلَه قبلَ القضاء[١]؛ لأن الشهادةَ لم تصِرْ حُجَّةً بعدُ.

ولأنه[٢] ظنَّه مباحَ الدمِ، معتَمِداً علىٰ دليلٍ مبيحٍ، فصار كما إذا ظنَّه حربياً، وعليه علامتُهم.

وتجب الديةُ في مالِه: لأنه عمدٌ، والعواقِلُ لا تَعقِلُ العمدَ.

ويجبُ ذلك في ثلاثِ سنين: لأنه وَجَبَ بنفس القتل[٣].

قال: (وإن رُجمَ، ثم وُجِدوا عبيداً: فالديةُ علىٰ بيت المال)؛ لأنه[٤] امتثل أمرَ الإمام، فيُنقَلُ فِعْلُه إليه[٥].

ولو باشَرَه الإمامُ بنفسه[٦]: تجبُ الديةُ في بيت المال؛ لِمَا ذكرنا، كذا هذا.

---

(١) حيث يجب القصاص.

(٢) عطفٌ علىٰ قوله في وجه الاستحسان: أن القضاء صحيح....

(٣) لا بالإقرار.

(٤) أي الذي رجمه.

(٥) أي فيُنقَل فعل هذا الذي رجمه إلىٰ الإمام.

(٦) أي باشر الإمامُ الرجمَ بنفسه.

وإذا شهدوا علىٰ رجلٍ بالزنا، وقالوا تعمَّدْنا النظرَ: قُبِلَتْ شهادتُهم.

وإذا شهد أربعةٌ علىٰ رجلٍ بالزنا، فأنكر الإحصانَ، وله امرأةٌ قد وَلَدَتْ منه: فإنه يُرجَم.

بخلاف ما إذا ضَرَبَ عنقَه؛ لأنه لم يأتَمِرْ أمرَه.

قال: (وإذا شهدوا علىٰ رجلٍ بالزنا، وقالوا تعمَّدْنا النظرَ: قُبِلَتْ شهادتُهم)؛ لأنه يباحُ النظرُ[1] لهم؛ ضرورةَ تحمُّلِ الشهادة[2]، فأشبَهَ الطبيبَ والقابِلةَ.

قال: (وإذا شهد أربعةٌ علىٰ رجلٍ بالزنا، فأنكر الإحصانَ، وله امرأةٌ قد وَلَدَتْ منه: فإنه يُرجَم).

معناه: أن يُنكِرُ الدخولَ بعد وجودِ سائر الشرائط؛ لأن الحكمَ بثبات النسب منه: حُكمٌ بالدخول عليه.

ولهذا لو طلَّقها: يُعْقِبُ الرجعةَ.

والإحصانُ: يَثبتُ بمثله.

---

(١) أي إلىٰ موضع الزنىٰ.

(٢) ومن الأدلة التي ذكرها الإمام الجصاصُ في شرح مختصر الطحاوي ٦/١٩٦ علىٰ جواز ذلك: «أنَّ سعد بنَ عبادة رضي الله عنه قال: يا رسول الله! أرأيتَ لو وجدتُ مع امرأتي رجلاً! أأُمْهِلُه آتيَ بأربعة شهداء؟! قال: نعم». صحيح مسلم (١٤٩٨)، الموطأ ٢/٨٣٣ (١٧).

وقال بعضُ الحنفية: لا تُقبل شهادتهم؛ لإقرارهم علىٰ أنفسهم بالفسق. تبيين الحقائق ٣/١٩٤.

فإن لم تكن وَلَدَتْ منه، وشَهِدَ عليه بالإحصان رجلٌ وامرأتان: رُجِمَ.

قال: (فإن لم تكن وَلَدَتْ منه، وشَهِدَ عليه بالإحصان رجلٌ وامرأتان: رُجِمَ).

خلافاً لزفر، والشافعي[(١)] رحمهما الله.

فالشافعيُّ رحمه الله مرَّ علىٰ أصله، أن شهادتهنَّ غيرُ مقبولةٍ في غير الأموال.

وزفر رحمه الله يقولُ: إنه شَرْطٌ في معنىٰ العلة؛ لأن الجنايةَ تتغلَّظُ عنده، فيُضافُ الحكمُ إليه، فأشبه حقيقةَ العلة، فلا تُقبَلُ شهادةُ النساء فيه؛ احتيالاً للدَّرْء.

فصار كما إذا شهد ذِمِّيَّان علىٰ ذميٍّ قد زنىٰ عبدُه المسلمُ، أنه أعتقه قبلَ الزنا: لا تُقبلُ؛ لِمَا ذكرنا.

ولنا: أن الإحصانَ عبارةٌ عن الخِصالِ الحميدة، وأنها مانعةٌ من الزنا، علىٰ ما ذكرنا، فلا يكونُ في معنىٰ العلة.

وصار كما إذا شهدوا به[(٢)] في غيرِ هذه الحالة.

بخلاف ما ذَكَرَ[(٣)]؛ لأن العتقَ يَثبتُ بشهادتهما، وإنما لا يَثبتُ سَبْقُ التاريخ؛ لأنه يُنكِرُه المسلمُ، أو يتضرَّرُ به المسلم.

---

(١) الحاوي الكبير ٩/٣٨٥.

(٢) أي بالإحصان.

(٣) أي الإمام زفر رحمه الله.

فإن رَجَعَ شهودُ الإحصانِ : لا يَضمَنُون عندنا .

قال: (فإن رَجَعَ شهودُ الإحصانِ: لا يَضمَنُون عندنا).

خلافاً لزفر رحمه الله، وهو فَرْعُ ما تقدَّم، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

باب حد الشُّرْب

ومَن شَرِبَ الخمرَ، فأُخِذَ وريحُها موجودةٌ، أو جاؤوا به سَكْرانَ، فشهد الشهودُ عليه بذلك : فعليه الحَدُّ.

وكذلك إذا أقرَّ ورِيْحُها موجودةٌ.

وإن أقرَّ بعد ذهابِ رائحتِها : لم يُحَدَّ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمدٌ رحمه الله : يُحَدُّ.

باب حد الشُّرْب

قال: (ومَن شَرِبَ الخمرَ، فأُخِذَ وريحُها موجودةٌ، أو جاؤوا به سكْرانَ، فشهد الشهودُ عليه بذلك: فعليه الحَدُّ.

وكذلك إذا أقرَّ ورِيْحُها موجودةٌ)؛ لأن جنايةَ الشُّرْبِ قد ظَهَرَت، ولم يتقادَمِ العهدُ.

والأصلُ فيه: قولُه عليه الصلاة والسلام: «مَن شرب الخمرَ: فاجلِدوه، فإن عاد: فاجلِدوه»[1].

قال: (وإن أقرَّ بعد ذهابِ رائحتِها: لم يُحَدَّ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمدٌ رحمه الله: يُحَدُّ.

(١) سنن أبي داود (٤٤٨٤)، سنن النسائي (٥٦٦١)، وصححه ابن حبان (٤٤٤٥)، الدراية ٢/١٠٤.

وكذلك إذا شهدوا عليه بعد ما ذَهَبَ رِيْحُها والسُّكْرُ: لم يُحَدَّ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: يُحَدُّ.

وكذلك إذا شهدوا عليه بعد ما ذَهَبَ رِيْحُها والسُّكْرُ: لم يُحَدَّ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: يُحَدُّ)، فالتقادمُ يمنعُ قبولَ الشهادةِ، بالاتفاق، غيرَ أنه مقدَّرٌ بالزمان عنده؛ اعتباراً بحد الزنا، وهذا لأن التأخيرَ يتحقَّقُ بمُضيِّ الزمان، والرائحةُ قد تكون من غيره، كما قيل[1]:

يقولون لي اِنْكَهْ شَرِبْتَ مُدَامَةً   فقلتُ لهم لا بل أَكَلْتُ السَّفَرْجَلا

وعندهما: يُقدَّرُ بزوال الرائحة؛ لقول ابنِ مسعود رضي الله عنه فيه: «تَلْتِلوه، ومَزْمِزوه، واستَنكِهوه، فإن وجدتُم رائحةَ الخمر: فاجلِدوه»[2].

ولأن قيامَ الأثرِ من أقوىٰ الدلائل علىٰ القُرْب.

---

(١) في ديوان الشاعر الأقيشر السعدي المغيرة بن عبد الله الأسدي، ص١٨، (ت٨٠هـ)، وعُمِّر طويلاً، حيث وُلد في الجاهلية، ونشأ في أول الإسلام.

(٢) جاء بلفظ قريبٍ في مسند أبي حنيفة للحارثي، ومختصر الكرخي، ومصنف عبد الرزاق (١٣٥١٩)، وابن أبي شيبة (٢٨٦٢٥)، والمعجم الكبير للطبراني (٨٥٧٢)، ينظر التعريف والإخبار ٣/٢٠٥، ولكن بلفظ: تَرْتِروه، ومزمزوه....

وقوله: تلتلوه، ومَزْمِزُوه، واستنكهوه: مثبتٌ في نسخة ٦٤٤هـ، وهكذا جاء في كتب الحنفية كالمبسوط والاختيار وغيرهما، ولم يأت هذا في نصب الراية ٣٤٩/٤، ولذا قال: غريبٌ بهذا اللفظ، ومعنىٰ: تلتِلوه: أي زعزِعوه، ومعنىٰ: ترتِروه: أي حرِّكوه ليُستَنكه، ومزمزِوه: أي حرِّكوه بعنف.

فإن أَخَذَه الشهودُ وريحُها توجدُ منه، أو سكرانَ، فذهبوا به من مصرٍ إلىٰ مصرٍ فيه الإمامُ، فانقطع ذلك قبلَ أن يَنتهوا به : حُدَّ في قولِهم جميعاً.

ومَن سَكِرَ من النَّبِيذ : حُدَّ

وإنما يُصارُ إلىٰ التقديرِ بالزمانِ: عند تَعَذُّر اعتبارِه، والتمييزُ بين الروائحِ ممكِنٌ للمستدِلِّ، وإنما يَشتبِه[1] علىٰ الجُهَّال.

وأما الإقرارُ: فالتقادمُ لا يُبطِلُه عند محمدٍ رحمه الله، كما في حَدِّ الزنا، علىٰ ما مَرَّ تقريرُه.

وعندهما: لا يُقامُ الحَدُّ إلا عند قيامِ الرائحة؛ لأن حَدَّ الشُّرْب ثبت بإجماع الصحابة رضي الله عنهم[2]، ولا إجماعَ إلا برأيِ ابنِ مسعود رضي الله عنه، وقد شَرَطَ قيامَ الرائحةِ، علىٰ ما روينا.

قال: (فإن أَخَذَه الشهودُ وريحُها توجدُ منه، أو سكرانَ، فذهبوا به من مصرٍ إلىٰ مصرٍ فيه الإمامُ، فانقطع ذلك قبلَ أن يَنتهوا به: حُدَّ في قولِهم جميعاً)؛ لأن هذا عُذْرٌ، كبُعد المسافةِ في حَدِّ الزنا، والشاهدُ لا يُتَّهمُ في مثلِه.

قال: (ومَن سكِرَ من النَّبِيذ: حُدَّ)؛ لِمَا رُوِي أن عمرَ رضي الله عنه أقام الحَدَّ علىٰ أعرابيٍّ سكِرَ من النبيذ[3].

---

(١) أي الأثر.

(٢) قال في الدراية ١٠٥/٢ : كأنه يشير إلىٰ ما سيأتي قريباً عند مسلم (١٧٠٦) من إجماع الصحابة رضي الله عنهم علىٰ أن حد الخمر والسكر ثمانون سوطاً في الحر.

(٣) مصنف عبد الرزاق (١٧٠١٥)، الدراية ١٠٥/٢ ، التعريف والإخبار ٢٠٩/٣.

ولا حَدَّ علىٰ مَن وُجِدَ منه رائحةُ الخمر، أو تقيَّأها.

ولا يُحَدُّ السكرانُ حتىٰ يُعلَمَ أنه سَكِرَ من النبيذ، وشَرِبَه طَوْعاً.

ولا يُحَدُّ حتىٰ يزولَ عنه السُّكْرُ.

وحَدُّ الخمرِ والسُّكْر في الحرِّ: ثمانونَ سَوْطاً.

ونُبيِّنُ[1] الكلامَ في حَدِّ السُّكْر، ومقدارِ حَدِّه المستَحَقِّ عليه إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (ولا حَدَّ علىٰ مَن وُجِدَ منه رائحةُ الخمر، أو تقيَّأها)؛ لأن الرائحةَ محتمِلةٌ، وكذا الشُّرْبُ قد يقعُ عن إكراهٍ، أو[2] اضطرارٍ.

قال: (ولا يُحَدُّ السكرانُ حتىٰ يُعلَمَ أنه سكِرَ من النبيذ، وشَرِبَه طَوْعاً)؛ لأن السُّكْرَ من المباح: لا يوجِبُ الحَدَّ، كالبَنْج، ولَبَنِ الرِّمَاك[3].

وكذا شُرْبُ المكرَه: لا يوجِبُ الحَدَّ.

قال: (ولا يُحَدُّ حتىٰ يزولَ عنه السُّكْرُ)؛ تحصيلاً لمقصود الانزجار.

قال: (وحَدُّ الخمرِ والسُّكْرِ[4] في الحُرِّ: ثمانونَ سَوْطاً)؛ لإجماع الصحابة رضي الله عنهم أجمعين[5].

---

(١) قريباً في هذا الباب.

(٢) وفي نُسخ: واضطرار.

(٣) جمع: رَمَكَة: الأنثىٰ من البراذين. المصباح المنير (رمك)، والبِرْذَوْن: غير العربي من الخيل والبغال، عظيم الخِلقة، غليظ الأعضاء. المعجم الوسيط ١/٤٨.

(٤) أي السُّكْر من غير الخمر.

(٥) صحيح مسلم (١٧٠٦).

يُفرَّقُ علىٰ بدنه، كما في حَدِّ الزنا.
وإن كان عبداً: فحَدُّه أربعون سَوْطاً.
ومَن أقرَّ بشُرْبِ الخمر، أو السَّكَر، ثم رَجَعَ: لم يُحَدَّ.

(يُفرَّقُ علىٰ بدنه، كما) ذكرنا (في حَدِّ الزنا)، علىٰ ما مَرَّ.

ثم يُجرَّدُ، في المشهور من الرواية.

وعن محمدٍ رحمه الله: أنه لا يُجرَّدُ؛ إظهاراً للتخفيف؛ لأنه لم يَرِدْ به نصٌّ[١].

ووَجْهُ المشهور: أنَّا أظهرنا التخفيفَ مرةً، فلا يُعتبرُ ثانياً.

قال: (وإن كان عبداً: فحَدُّه أربعون سَوْطاً)؛ لأن الرِّقَّ منصِّفٌ، علىٰ ما عُرِف[٢].

قال: (ومَن أقرَّ بشُرْبِ الخمر، أو السَّكَر[٣]، ثم رَجَعَ: لم يُحَدَّ)؛ لأنه

---

(١) أي لم يرد بالحد نصٌّ قاطع، أو بالتجريد. البناية ٤٥٨/٨.

(٢) أي في فصل كيفية الحد وإقامته، وقال الأترازي: أي في أصول الفقه. البناية ٤٥٨/٨.

(٣) قال في البناية ٤٥٨/٨: بفتح السين والكاف، هو نقيعُ التمر إذا غلا، ولم يُطبخ، وفي المُغْرب: السَّكَرُ: عصيرُ الرطب.

ولا يُروىٰ بضمِّ السين، اللهم إلا إذا قيل: معطوفٌ علىٰ الشرب، لا علىٰ الخمر، علىٰ أن معنىٰ: أقرَّ بشُرْب الخمر، أو أقرَّ بالسُّكْر: صحيحٌ من حيث العربية، لكن السماع لم يقع إلا علىٰ الأول، أي بفتحتين، لكن الإقرار بالسُّكْر لا يخلو: إما أن يكون بعد زوال السُّكْر، أو حال السُّكْر: فالأول: لا يجوز؛ للتقادم، والثاني: أيضاً لا يجوز؛ لأن السكر لا يُحَدُّ بإقراره، ثم نقل العيني عن شيخه: أن السَّكَر: بفتحتين، ويُروىٰ بضمِّ السين. اهـ

ويَثبتُ الشُّرْبُ بشهادةِ شاهدَيْن، و بالإقرار مرةً واحدةً.

ولا تُقبَلُ فيه شهادةُ النساءِ مع الرجال.

والسَّكْرانُ الذي يُحَدُّ: هو الذي لا يَعقِلُ مَنطِقاً، قليلاً ولا كثيراً، ولا يَعقِلُ الرجلَ من المرأة، ولا الأرضَ من السماء.

قال العبدُ الضعيفُ: وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: هو الذي يَهْذِي، ويَختلِطُ كلامُه.

خالِصُ حَقِّ الله تعالىٰ.

قال: (ويَثبتُ الشُّرْبُ بشهادةِ شاهدَيْن، و) يثبتُ (بالإقرار مرةً واحدةً).

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يُشترطُ الإقرارُ مرتَيْن.

وهو نظيرُ الاختلافِ في السرقة، وسنُبيِّنُه هناك إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (ولا تُقبَلُ فيه شهادةُ النساءِ مع الرجال)؛ لأنَّ فيها شبهةَ البدلية[1]، وتهمةَ الضلال والنسيان.

قال: (والسَّكْرانُ الذي يُحَدُّ: هو الذي لا يَعقِلُ مَنطِقاً، قليلاً ولا كثيراً، ولا يَعقِلُ الرجلَ من المرأة، ولا الأرضَ من السماء.

قال العبدُ الضعيفُ: وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: هو الذي يَهْذِي، ويَختلِطُ كلامُه)؛ لأنه هو السكرانُ في العُرْف.

---

(١) لأن شهادة النساء فيها تهمة البدل عن شهادة الرجال حال عدم وجودهم، كما في قوله تعالىٰ: ﴿ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ ...﴾. الآية. البقرة/٢٨٢.

ولا يُحَدُّ السَّكْرانُ بإقراره علىٰ نفسِه.

وإليه مالَ أكثرُ المشايخ رحمهم الله.

وله: أنه يُؤخَذُ في أسباب الحدودِ بأقصاها؛ دَرْءاً للحَدِّ.

ونهايةُ السُّكْر: أن يَغلِبَ السرورُ علىٰ العقل، فيَسلُبَه التمييزَ بين شيءٍ وشيءٍ، وما دون ذلك: لا يَعرَىٰ عن شُبْهة الصَّحْو.

والمعتبرُ في القَدَحِ المُسْكِرِ[1] في حَقِّ الحُرمة: ما قالاه[2]، بالإجماع؛ أخذاً بالاحتياط.

والشافعيُّ رحمه الله يَعتبرُ ظهورَ أثرِه في مِشْيَتِه وحركاتِه وأطرافِه[3].

وهذا مما يَتفاوَتُ، فلا معنىً لاعتباره.

قال: (ولا يُحَدُّ السَّكْرانُ بإقراره علىٰ نفسه[4])؛ لزيادة احتمالِ الكذب في إقراره، فيُحتالُ لدَرْئه؛ لأنه خالِصُ حقِّ اللهِ تعالىٰ.

بخلاف حَدِّ القذف؛ لأن فيه حَقَّ العبد، والسكرانُ فيه[5]: كالصاحي؛ عقوبةً عليه، كما في سائر تصرفاته.

---

(١) يعني في الأشربة المحرَّمة غير الخمر.

(٢) أي هو الذي يهذي، ويختلط كلامه.

(٣) بل بمجرد الشرب. الحاوي الكبير ١٢/٣٨٧.

(٤) أي بالحدود الخالصة حقاً لله تعالىٰ، نحو حد الزنا والشرب والسرقة. البناية ٨/٤٦٣.

(٥) أي في حق العبد.

. . . .

ولو ارتدَّ السكرانُ: لا تَبِيْنُ منه امرأتُه؛ لأن الكفرَ من باب الاعتقاد[١]، فلا يتحَقَّقُ[٢] مع السُّكْر[٣]، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) ولا اعتقاد للسكران؛ لأنه فَرْع قيام الإدراك. فتح القدير ٥/٨٨.

(٢) أي الاعتقاد.

(٣) جاءت هنا زيادةُ جملةٍ في بعض نُسَخ الهداية المطبوعة، وكذلك في النسخة التي هي مع البناية ٨/٤٦٣، وقد شَرَحَ هذه الجملةَ العينيُّ، ولكن لم توجَد في النُّسخ الخطية، وهذه الزيادة هي: «وهذا قولُ أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وفي ظاهر الرواية: تكون رِدَّةً». اهـ، قلت: وواضحٌ الإشكالَ فيها.

باب حد القَذْف

وإذا قَذَفَ الرجلُ رجلاً مُحصَناً، أو امرأةً مُحصَنَةً بصريح الزنا، وطالَبَ المقذوفُ بالحَدِّ: حَدَّه الحاكمُ ثمانينَ سَوْطاً إن كان حُرّاً.

ويُفرَّقُ الضربُ علىٰ أعضائه.

باب حد القَذْف

قال: (وإذا قَذَفَ الرجلُ رجلاً مُحصَناً، أو امرأةً مُحصَنَةً بصريح الزنا، وطالَبَ المقذوفُ بالحَدِّ: حَدَّه الحاكمُ ثمانينَ سَوْطاً إن كان[1] حُرّاً).

لقوله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ﴾. الآية. النور/٤.

والمرادُ بالرمي: الرميُ بالزنا، بالإجماع.

وفي النَّصِّ إشارةٌ إليه، وهو اشتراطُ أربعةٍ من الشهداء، إذ هو مُختَصٌّ بالزنا.

ويُشترَطُ مطالَبَةُ المقذوف؛ لأنَّ فيه حَقَّه من حيث دَفْعُ العار.

وإحصانُ المقذوف[2]؛ لِمَا تلونا.

قال: (ويُفرَّقُ الضربُ علىٰ أعضائه)؛ لِمَا مرَّ في حَدِّ الزنا.

---

(١) أي إن كان القاذفُ حراً.

(٢) أي ويشترط إحصانُ المقذوف.

ولا يُجرَّدُ من ثيابِه، غيرَ أنه يُنزَعُ عنه الفَرْوُ، والحَشْوُ.

وإن كان القاذف عبداً: جَلَدَه أربعين سوطاً.

والإحصانُ: أن يكونَ المقذوفُ حُرّاً، عاقلاً، بالغاً، مسلماً، عفيفاً عن فِعْلِ الزنا.

قال: (ولا يُجرَّدُ من ثيابِه)؛ لأن سببَه غيرُ مقطوعٍ به، فلا يُقامُ على الشدة، بخلاف حَدِّ الزنا.

(غيرَ أنه يُنزَعُ عنه الفَرْوُ، والحَشْوُ)؛ لأن ذلك يَمنعُ إيصالَ الألَمِ به.

قال: (وإن كان القاذف عبداً: جَلَدَه[1] أربعين سوطاً)؛ لمكان الرِّقِّ.

قال: (والإحصانُ: أن يكونَ المقذوفُ حُرّاً، عاقلاً، بالغاً، مسلماً، عفيفاً عن فِعْلِ الزنا).

أما الحريةُ[2]: فلأنه يُطلَقُ[3] عليه اسمُ الإحصان.

قال الله تعالىٰ: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَـٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾. النساء/ ٢٥، أي الحرائر.

والعقلُ والبلوغُ شرطٌ؛ لأن العارَ لا يَلْحَقُ الصبيَّ والمجنونَ؛ لعدم تحقُّقِ فِعْلِ الزنا منهما.

---

(١) وفي نُسخ: جُلِدَ.

(٢) أي اشتراط الحرية.

(٣) أي لفظ الحرية يُطلق عليه: الإحصان. وفي نُسخ: ينطلق.

ومَن نفىٰ نَسَبَ غيرِه، فقال : لستَ لأبيكِ : فإنه يُحَدُّ.

ومَن قال لغيره في غَضَبٍ : لستَ بابنِ فلانٍ، لأبيه الذي يُدْعَىٰ له : يُحَدُّ، ولو قال في غير غضَبٍ : لا يُحَدُّ.

ولو قال : لستَ بابنِ فلانٍ، يعني جَدَّه : لم يُحَدَّ.

والإسلامُ: لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن أشرك بالله: فليس بمُحصَنٍ»[1].

والعِفَّةُ: لأن غيرَ العفيف لا يَلحُقُه العارُ، وكذا القاذفُ صادِقٌ فيه.

قال: (ومَن نفىٰ نَسَبَ غيرِه، فقال: لستَ لأبيكِ: فإنه يُحَدُّ).

وهذا إذا كانت أُمُّه حُرَّةً مسلمةً؛ لأنه في الحقيقة قَذْفٌ لأُمِّه؛ لأنَّ النسبَ إنما يُنفَىٰ عن الزاني، لا عن غيرِه.

قال: (ومَن قال لغيره في غَضَبٍ: لستَ بابنِ فلانٍ، لأبيه الذي يُدْعَىٰ له: يُحَدُّ، ولو قال في غير غضَبٍ: لا يُحَدُّ)؛ لأن عند الغضب: يُرادُ به حقيقتُه، سبًّا له، وفي غيرِه: يُرادُ به المعاتَبَةُ؛ بنفي مشابهتِه أباه في أسباب المروءة.

قال: (ولو قال: لستَ بابنِ فلانٍ، يعني جَدَّه: لم يُحَدَّ)؛ لأنه صادِقٌ في كلامه.

ولو نَسَبَه إلىٰ جَدِّه: لا يُحَدُّ أيضاً؛ لأنه قد يُنسَبُ إليه مجازاً.

---

(١) تقدم في كيفية إقامة الحد.

ولو قال له: يابْنَ الزانيةِ، وأمُّه ميتةٌ محصَنةٌ، وطالَبَ الابنُ بحَدِّه: حُدَّ القاذِفُ.

ولا يُطالِبُ بحَدِّ القذفِ للميت إلا مَن يَقعُ القَدْحُ في نَسَبِه بقَذْفِه، وهو الوالدُ، والولدُ.

قال: (ولو قال له: يابْنَ الزانيةِ، وأمُّه ميتةٌ محصَنةٌ، وطالَبَ الابنُ بحَدِّه: حُدَّ القاذِفُ)؛ لأنه قَذَفَ محصَنةً[1] بعدَ موتها.

قال: (ولا يُطالِبُ بحَدِّ القذفِ للميت إلا مَن يَقعُ القَدْحُ في نَسَبِه بقَذْفِه، وهو الوالدُ، والولدُ)؛ لأن العارَ يلتحِقُ به؛ لمكان الجزئية، فيكونُ القذفُ متناوِلاً له معنىً.

وعند الشافعي[2] رحمه الله: يثبتُ حَقُّ المطالبة لكلِّ وارثٍ؛ لأن حَدَّ القذفِ يُورَثُ عنده، علىٰ ما نُبَيِّنُ إن شاء الله تعالىٰ.

وعندنا: ولايةُ المطالبةِ ليست بطريق الإرث، بل لِمَا ذكرناه.

ولهذا يَثبتُ[3] عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل، ويثبتُ لولد البنت، كما يثبتُ لولد الابن، خلافاً لمحمدٍ رحمه الله.

ويثبتُ لولدِ الولدِ حالَ قيامِ الولد، خلافاً لزفر رحمه الله.

---

(١) وضُبِطت أيضاً في نُسخ: لأنه قَذْفُ محصنةٍ. بالإضافة.

(٢) المهذب ٣/٣٤٦.

(٣) أي حق المطالبة بحد القذف.

وإذا كان المقذوفُ مُحصَناً: جاز لابنِه الكافرِ، والعبدِ أن يُطالِبَ بالحَدِّ.

وليس للعبد أن يطالِبَ مولاه بقَذْفِ أُمِّه الحُرَّةِ، ولا للابن أن يطالِبَ أباه بقذف أُمِّه الحُرَّةِ المسلمةِ.

قال: (وإذا كان المقذوفُ مُحصَناً: جاز لابنِه الكافرِ، والعبدِ أن يُطالِبَ بالحَدِّ)، خلافاً لزفر رحمه الله.

هو يقولُ: القذفُ يتناولُه معنىً؛ لرجوعِ العارِ إليه.

وليس طريقُه الإرثُ عندنا، فصار كما إذا كان متناوِلاً له صورةً ومعنىً.

ولنا: أنه عَيَّره بقذفِ رجلٍ محصَنٍ، فيأخُذُه بالحَدِّ.

وهذا لأنَّ الإحصانَ في الذي يُنسَبُ إلىٰ الزنا شَرْطٌ؛ ليقعَ تعييراً علىٰ الكمال، ثم يرجعُ هذا التعييرُ الكاملُ إلىٰ ولدِه.

والكفرُ لا ينافي أهليةَ الاستحقاق، بخلاف ما إذا تناوَلَ القذفُ نفسَه؛ لأنه لم يوجَدِ التعييرُ علىٰ الكمال؛ لفَقْدِ الإحصانِ في المنسوب إلىٰ الزنا.

قال: (وليس للعبد أن يطالِبَ مولاه بقَذْفِ أُمِّه الحُرَّةِ، ولا للابن أن يطالِبَ أباه بقذف أُمِّه الحُرَّةِ المسلمةِ).

لأن المولىٰ لا يعاقَبُ بسبب عبدِه، وكذا الأبُ لا يعاقبُ بسبب ابنِه.

ولهذا: «لا يُقادُ الوالدُ بولدِه، ولا السيدُ بعبدِه»[1].

---

(١) لم ينصَّ المؤلف هنا علىٰ أن هذا النصَّ هو حديثٌ نبويٌّ، ولذا لم يُخرِّجه صاحب نصب الراية في هذا الموضع ٣/٣٥٣، وسيذكره صاحب الهداية في =

ومَن قَذَفَ غيرَه، فمات المقذوفُ: بَطَلَ الحدُّ.

ولو كان لها ابنٌ مِن غيرِه: له أن يُطالِبَ؛ لتحقُّقِ السبب، وانعدامِ المانع.

قال: (ومَن قَذَفَ غيرَه، فمات المقذوفُ: بَطَلَ الحدُّ).

وقال الشافعي[1] رحمه الله: لا يبطلُ.

ولو مات بعد ما أُقيم بعضُ الحَدِّ: بَطَلَ الباقي عندنا.

خلافاً له؛ بناءً علىٰ أنه يُورَثُ عنده، وعندنا: لا يُورَثُ.

ولا خلافَ أن فيه حَقَّ الشرع، وحَقَّ العبد، فإنه شُرِعَ لدفع العارِ عن المقذوف، وهو الذي ينتفِعُ به علىٰ الخصوص، فمِن هذا الوجه: حَقُّ العبد.

ثم إنه شُرِعَ زاجراً، ومنه سُمِّي: حدًّا.

والمقصودُ من شَرْعِ الزاجر[2]: إخلاءُ العالَم عن الفساد، وهذا آيةُ حَقِّ الشرع، وبكلٍّ ذلك تشهَدُ الأحكامُ.

الجنايات فيما يوجب القصاص ٤٤٤/٤، ونصَّ هناك علىٰ أنه حديثٌ، وهناك خرَّجه صاحب نصب الراية ٣٣٩/٤، وتابعه علىٰ هذا ابن حجر في الدراية.

والحديث روي في سنن الترمذي (١٤٠٠)، وقال: وهذا حديث فيه اضطراب، والعمل علىٰ هذا عند أهل العلم: أن الأبَ إذا قتل ابنَه: لا يُقتل به. اهـ. سنن ابن ماجه (٢٦٦١)، سنن البيهقي (١٥٩٦٤)، وقال: إسناده صحيح، وينظر نصب الراية ٣٣٩/٤، وله طرقٌ عديدة فيها كلامٌ طويل، وقد قال في التلخيص الحبير ١٦/٤: صحَّح البيهقي سندَه؛ لأن رواته ثقات. اهـ، وينظر التعريف والإخبار ٦٦/٤.

(١) الأم ٣١٠/٥.

(٢) وفي نُسخ: الزواجر.

ومَن أقرَّ بالقذف، ثم رَجَعَ: لم يُقبَلْ رجوعُه.

وإذا تعارضتِ الجهتان: فالشافعيُّ رحمه الله مالَ إلىٰ تغليب حَقِّ العبد؛ تقديماً لحَقِّ العبد باعتبار حاجته، وغِنىٰ الشرع.

ونحن صِرْنا إلىٰ تغليبِ حَقِّ الشرع؛ لأن ما للعبد من الحَقِّ: يتولاَّه مولاه، فيصيرُ حَقُّ العبدِ مَرْعِيًّاً به، ولا كذلك عكسُه؛ لأنه لا ولايةَ للعبد في استيفاءِ حقوقِ الشرع إلا نيابةً عنه[1].

وهذا هو الأصلُ المشهورُ الذي تتخرَّجُ عليه الفروعُ المختلَفُ فيها:

منها: الإرثُ، إذِ الإرثُ يجري في حقوقِ العباد، لا في حقوق الشرع.

ومنها: العفوُ، فإنه لا يصحُّ عفوُ المقذوفِ عندنا، ويصح عنده.

ومنها: أنه لا يجوزُ الاعتياضُ عنه.

ويجري فيه التداخلُ[2]، وعنده: لا يجري.

وعن أبي يوسف رحمه الله في العفو: مثلُ قولِ الشافعي رحمه الله.

ومِن أصحابنا مَن قال: إن الغالبَ حَقُّ العبد، وخرَّج الأحكامَ، والأولُ أظهرُ.

قال: (ومَن أقرَّ بالقذف، ثم رَجَعَ: لم يُقبَلْ رجوعُه)؛ لأن للمقذوف فيه حَقّاً، فيُكَذِّبُه في الرجوع، بخلاف ما هو خالِصُ حَقِّ الله تعالىٰ؛ لأنه لا مكذِّبَ له فيه.

---

(١) وفي نُسخ: إلا بنائبه.

(٢) أي بقذف الجماعة بكلمةٍ واحدة، أو بقذف واحدٍ مِراراً. البناية ٨/٤٧٥.

ومَن قال لعربيٍّ: يا نَبَطيٌّ: لم يُحَدَّ.

ومَن قال لرجلٍ: يابْنَ ماءِ السماء: فليس بقاذفٍ.

وإن نَسَبَه إلىٰ عَمِّه، أو إلىٰ خالِه، أو إلىٰ زوجِ أمِّه: فليس بقاذفٍ.

قال: (ومَن قال لعربيٍّ: يا نَبَطيٌّ: لم يُحَدَّ)؛ لأنه يُرادُ به التشبيهُ في الأخلاق، أو عدمِ الفصاحة، وكذا إذا قال: لستَ بعربيٍّ؛ لِمَا قلنا.

قال: (ومَن قال لرجلٍ: يابْنَ ماءِ السماء: فليس بقاذفٍ)؛ لأنه يُرادُ به التشبيهُ في الجُوْدِ والسماحةِ والصفاءِ؛ لأن ماءَ السماء[1] لُقِّبَ به لصفائه وسخائه.

قال: (وإن نَسَبَه إلىٰ عَمِّه، أو إلىٰ خالِه، أو إلىٰ زوجِ أمِّه: فليس بقاذفٍ)؛ لأن كلَّ واحدٍ من هؤلاء يسمىٰ أباً.

أما الأول: فلقوله تعالىٰ: ﴿نَعۡبُدُ إِلَٰهَكَ وَإِلَٰهَ ءَابَآئِكَ إِبۡرَٰهِـۧمَ وَإِسۡمَٰعِيلَ وَإِسۡحَٰقَ﴾. البقرة/ ١٣٣، وإسماعيلُ: كان عَمّاً له.

والثاني: لقوله عليه الصلاة والسلام: «الخالُ: أبٌ»[2].

---

(١) هناك أكثر من رجل لُقِّب به، من أشهرهم: النعمان بن المنذر الغسَّاني، من أشهر ملوك الحِيْرة، توفي سنة ١٥ قبل الهجرة. البناية ٤٧٨/٨، الأعلام ٤٣/٨.

(٢) قال في نصب الراية ٣٥٣/٣: حديث غريب، وفي الفردوس للديلمي ٢٠٧/٢ مرفوعاً: «الخالُ والدُ من لا والدَ له».

وفي إتحاف السادة المتقين للزبيدي ١١١/٧، قال: روىٰ الخرائطي في مكارم الأخلاق، عن محمد بن عمير بن وهب خالِ النبي صلىٰ الله عليه وسلم أن عميراً =

ومَن قال لغيره: زَنَأْتَ في الجَبَلِ، وقال: عَنَيْتُ به صعودَ الجبل: حُدَّ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: لا يُحدُّ.

والثالثُ: للتربية.

قال: (ومَن قال لغيره: زَنَأْتَ في الجبَلِ، وقال: عَنَيْتُ به صعودَ الجبل: حُدَّ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: لا يُحدُّ)؛ لأن المهموزَ منه للصعود حقيقةٌ، قالت امرأةٌ من العرب:

وارْقَ إلىٰ الخيرات زَنْأً في الجبل[1].

وذِكْرُ الجبل يُقرِّرُه مراداً.

ولهما: أنه يُستعملُ في الفاحشةِ مهموزاً أيضاً؛ لأنَّ مِنَ العرب مَن يَهمِزُ المُلَيَّنَ، كما يُلَيِّنُ المهموزَ.

ـﷺيعني أباه ـ جاء والنبي صلىٰ الله عليه وسلم قاعدٌ، فبسط له رداءه، فقال: أجلس علىٰ ردائك يا رسول الله؟!. قال: «نعم، فإنما الخال والد»، وإسناده ضعيف.

قال الزبيدي: وتُروىٰ هذه القصة عن أخيه الأسود بن عمير، قال عنها العجلوني في كشف الخفاء ٤٤٨/١: رواها ابن شاهين بإسناد ضعيف، ونقل عن المقاصد الحسنة للسخاوي ص ٢٠٨ قال: وعلىٰ تقدير ثبوتهما، فلعل القصة وقعت لكلٍّ من الأسود، وأخيه عمير، والله أعلم.

(١) ينظر البناية ٤٧٩/٨.

ومَن قال لآخَرَ : يا زاني، فقال : لا، بل أنتَ : فإنهما يُحدَّان.

ومَن قال لامرأته : يا زانيةُ، فقالت : لا، بل أنتَ : حُدَّتِ المرأةُ، ولا لعانَ، ولو قالت : زنيتُ بكَ : فلا حَدَّ، ولا لعانَ.

وحالةُ الغضبِ والسِّبابِ تُعيِّنُ الفاحشةَ مراداً، بمنزلة ما إذا قال: يا زانِيءُ، أو قال: زَنأتَ.

وذِكْرُ الجبل إنما يُعيِّنُ الصعودَ مراداً إذا كان مقروناً بكلمةِ: علىٰ، إذْ هو المستعمَلُ فيه.

ولو قال: زنأتَ علىٰ الجبل: قيل: لا يُحَدُّ؛ لِمَا قلنا، وقيل: يُحَدُّ؛ للمعنىٰ الذي ذكرناه.

قال: (ومَن قال لآخَرَ: يا زاني، فقال: لا، بل أنتَ: فإنهما يُحدَّان)؛ لأن معناه: لا، بل أنتَ زانٍ، إذْ هي كلمةُ عطفٍ يُستدركُ بها الغَلَطُ، فيصيرُ الخبرُ المذكورُ في الأول مذكوراً في الثاني.

قال: (ومَن قال لامرأته: يا زانيةُ، فقالت: لا، بل أنتَ: حُدَّتِ المرأةُ، ولا لعانَ)؛ لأنهما قاذِفان، وقَذْفُه: يوجِبُ اللعانَ، وقَذْفُها: يوجِبُ الحَدَّ، وفي البَداءَة بالحَدِّ: إبطالُ اللعان؛ لأن المحدودَ في القذف: ليس بأهلٍ له، ولا إبطالَ في عكسِه أصلاً، فيُحتالُ للدرء، إذِ اللعانُ في معنىٰ الحَدِّ.

قال: (ولو قالت: زنيتُ بكَ: فلا حَدَّ، ولا لعانَ).

معناه: قالتْ بعدَ ما قال لها: يا زانيةُ؛ لوقوع الشكِّ في كلِّ واحدٍ منهما؛ لأنه يَحتملُ أنها أرادتِ الزنا قبلَ النكاح، فيجبُ الحَدُّ، دونَ اللعان؛ لتصديقِها إياه، وانعدامِه منه.

ومَن أقرَّ بولدٍ، ثم نفاه : فإنه يُلاعِنُ.

وإن نفاه، ثم أقرَّ به : حُدَّ، والولدُ : ولدُه، في الوجهَيْن.

وإن قال : ليس بابْني، ولا بابْنِكِ : فلا حَدَّ، ولا لِعانَ.

ومَن قَذَفَ امرأةً، ومعها أولادٌ لا يُعرَفْ لهم أبٌ، أو قَذَفَ الملاعَنةَ...

ويَحتملُ أنها أرادت: زِنَايَ ما كان معك بعد النكاح؛ لأني ما مكَّنْتُ أحداً غيرَك، وهو المرادُ في مثلِ هذه الحالة.

وعلىٰ هذا الاعتبارِ: يجب اللعانُ، دون الحدِّ علىٰ المرأة[1]؛ لوجود القذفِ منه، وعدمِه منها، فجاء ما قلنا.

قال: (ومَن أقرَّ بولدٍ، ثم نفاه: فإنه يُلاعِنُ)؛ لأنَّ النسبَ لَزِمَه بإقراره، وبالنفي بعدَه: صار قاذِفاً، فيلاعِن.

قال: (وإن نفاه، ثم أقرَّ به: حُدَّ)؛ لأنه لَمَّا أكذب نفسَه: بَطَلَ اللعانُ؛ لأنه حَدٌّ ضروريٌّ صِيْرَ إليه ضرورةَ التكاذب، والأصلُ فيه: حَدُّ القذف، فإذا بَطَلَ التكاذبُ: يُصارُ إلىٰ الأصل، وفيه خلافٌ ذكرناه في اللعان.

قال: (والولدُ: ولدُه، في الوجهَيْن)؛ لإقرارِه به، سابقاً أو لاحِقاً، واللعانُ يصح بدون قَطْعِ النسب، كما يصحُّ بدون الولد.

قال: (وإن قال: ليس بابْني، ولا بابْنِكِ: فلا حَدَّ، ولا لِعانَ)؛ لأنه أنكر الولادةَ، وبه لا يصيرُ قاذفاً.

قال: (ومَن قَذَفَ امرأةً، ومعها أولادٌ لا يُعرَفْ لهم أبٌ، أو قَذَفَ الملاعَنةَ

---

(١) قوله: علىٰ المرأة: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

بولدٍ، والولدُ حيٌّ، أو قَذَفَها بعد موتِ الولد : فلا حَدَّ عليه.

ولو قَذَفَ امرأةً لاعَنَتْ بغير ولدٍ : فعليه الحَدُّ.

ومَن وَطِئَ وَطْئاً حراماً في غير مِلكِه : لم يُحَدَّ قاذِفُه.

بولدٍ، والولدُ حيٌّ، أو قَذَفَها بعد موتِ الولد: فلا حَدَّ عليه)؛ لقيام أمارةِ الزنا منها، وهي ولادةُ ولدٍ لا أبَ له، ففاتَتِ العِفَّةُ؛ نظراً إليها، وهي شَرْطُ الإحصان.

قال: (ولو قَذَفَ امرأةً لاعَنَتْ بغير ولدٍ: فعليه الحَدُّ)؛ لانعدام أمارةِ الزنا.

قال: (ومَن وَطِئَ وَطْئاً حراماً في غير مِلكِه: لم يُحَدَّ قاذِفُه)؛ لفوات العِفَّةِ، وهي شَرْطُ الإحصان، ولأن القاذِفَ صادقٌ.

والأصل فيه[1]: أن مَن وَطِئَ وَطْأً حراماً لعَيْنه[2]: لا يجبُ الحَدُّ بقَذْفِه؛ لأن الزنا هو الوطءُ المُحَرَّمُ لعينه، وإن كان مُحَرَّماً لغيره[3]: يُحَدُّ؛ لأنه ليس بزناً.

فالوطءُ في غيرِ الملك من كلِّ وجهٍ، أو من وجهٍ: حرامٌ لعَيْنه.

وكذا الوطءُ في الملك، والحُرمةُ مؤبَّدةٌ.

فإن كانت الحُرمةُ مؤقَّتةً: فالحُرمةُ لغيره.

---

(١) في حدِّ القذف، وعدم الحَدِّ.

(٢) كالوطء في غير الملك من كل وجه. البناية ٨/٤٨٧.

(٣) كوطء أمته المزوَّجة أو المكاتبة، أو الحرة التي ظاهر منها.

ومَن قَذَفَ رجلاً وَطِئ جاريةً بينه وبين آخَرَ: فلا حَدَّ عليه.

وكذا إذا قَذَفَ امرأةً زَنَتْ في نصرانيَّتِها.

ولو قَذَفَ رجلاً أتىٰ أمتَه وهي مجوسيةٌ، أو امرأتَه وهي حائضٌ، أو مكاتَبَةً له: فعليه الحَدُّ.

وأبو حنيفة رحمه الله يَشترِطُ أن تكونَ الحُرْمةُ المؤبَّدةُ ثابتةً بالإجماع، أو بالحديث المشهور[(١)]؛ لتكون ثابتةً من غير تردُّدٍ.

(و) بيانُه: أنَّ (مَن قَذَفَ رجلاً وَطِئ جاريةً بينه وبين آخَرَ: فلا حَدَّ عليه)؛ لانعدام الملك من وجهٍ.

قال: (وكذا إذا قَذَفَ امرأةً زَنَتْ في نصرانيَّتِها)؛ لتحَقُّقِ الزنا منها شرعاً؛ لانعدام الملكِ، ولهذا وَجَبَ عليها الحَدُّ.

قال: (ولو قَذَفَ رجلاً أتىٰ أمتَه وهي مجوسيةٌ، أو امرأتَه وهي حائضٌ، أو مكاتَبَةً له: فعليه الحَدُّ)؛ لأنَّ الحُرمةَ مع قيامِ الملك، وهي مؤقتةٌ، فكانت الحُرمةُ لغيره، فلم يكن زناً.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنَّ وطءَ المكاتبة: يُسقِطُ الإحصانَ، وهو قولُ زفر رحمه الله؛ لأنَّ الملكَ زائلٌ في حَقِّ الوطء، ولهذا يلزمُه العُقْرُ بالوطء.

ونحنُ نقولُ: مِلْكُ الذاتِ باقٍ، والحُرمةُ لغيرِه، إذ هي مؤقتةٌ.

---

(١) أي الذي يُخَصُّ به عمومُ قطعيِّ الكتاب.

ولو قَذَفَ رجلاً وَطِئَ أمتَه وهي أختُه من الرضاعة : لا يُحَدُّ .

ولو قَذَفَ مكاتباً مات، وتَرَكَ وفاءً : لا حَدَّ عليه .

ولو قَذَفَ مَجُوسياً تزوَّج بأُمِّه، ثم أسلم : حُدَّ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا : لا حَدَّ عليه .

وإذا دخل الحربيُّ دارَنا بأمانٍ، فقَذَفَ مسلماً : حُدَّ .

قال: (ولو قَذَفَ رجلاً وَطِئَ أمتَه وهي أختُه من الرضاعة: لا يُحَدُّ)؛ لأن الحرمةَ مؤبَّدةٌ، وهذا هو الصحيح.

قال: (ولو قَذَفَ مكاتباً مات، وتَرَكَ وفاءً: لا حَدَّ عليه)؛ لتمكُّن الشبهةِ في الحريةِ؛ لمكانِ اختلافِ الصحابة[1] رضي الله عنهم أجمعين.

قال: (ولو قَذَفَ مَجُوسياً تزوَّج بأُمِّه، ثم أسلم: حُدَّ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا حَدَّ عليه).

وهذا بناءٌ علىٰ أنَّ تَزَوُّجَ المجوسيِّ بالمَحارم: له حُكمُ الصحة فيما بينهم عنده، خلافاً لهما، وقد مَرَّ في النكاح[2].

قال: (وإذا دخل الحربيُّ دارَنا بأمانٍ، فقَذَفَ مسلماً: حُدَّ)؛ لأن فيه حَقَّ العبد، وقد التزم إيفاءَ حقوقِ العباد.

---

(١) فإنهم اختلفوا في المكاتب إذا مات وترك وفاءً: هل يموت حراً أم عبداً؟ وسيأتي ذِكْرُ خلافِهم في كتاب المكاتب، وذِكْرُ الآثار عنهم رضي الله عنهم، ينظر الدراية ٢/١٩١.

(٢) في باب نكاح أهل الشرك.

وإذا حُدَّ المسلمُ في قذفٍ : سَقَطَتْ شهادتُه وإن تاب .

وإذا حُدَّ الكافرُ في قذفٍ : لم تَجُزْ شهادتُه علىٰ أهل الذمة .

فإن أسلم : قُبِلَتْ شهادتُه عليهم، وعلىٰ المسلمين .

ولأنه طَمِعَ في أنْ لا يُؤذَىٰ، فيكونُ مُلتزِماً أن لا يُؤذِيَ، وموجَبُه[1] إذا آذاه: الحدُّ[2].

قال: (وإذا حُدَّ المسلمُ في قذفٍ: سَقَطَتْ شهادتُه وإن تاب).

وقال الشافعيُّ[3] رحمه الله: تُقبلُ إذا تاب، وهي تُعرَف في كتاب الشهادات.

قال: (وإذا حُدَّ الكافرُ في قذفٍ: لم تَجُزْ[4] شهادتُه علىٰ أهل الذمة)؛ لأن له شهادةً علىٰ جنسه، فتُرَدُّ؛ تتمةً لحَدِّه.

قال: (فإن أسلم: قُبِلَتْ شهادتُه عليهم، وعلىٰ المسلمين)؛ لأن هذه شهادةٌ استفادها بعد الإسلام، فلم تدخلْ تحتَ الردِّ.

بخلاف العبدِ إذا حُدَّ حَدَّ القذف، ثم أُعتِق، حيث لا تُقبلُ شهادتُه؛ لأنه لا شهادةَ له أصلاً في حالِ الرِّقِّ، فكان ردُّ شهادتِه بعد العتق: مِن تمام حَدِّه.

---

(١) أي موجَب هذا الالتزام.

(٢) أي حد القذف.

(٣) الحاوي الكبير ١٧/٢٧.

(٤) وفي نُسخ: لم تُقبل.

فإن ضُرِبَ سَوْطاً في قذفٍ، ثم أسلم، ثم ضُرِبَ ما بقِيَ: جازتْ شهادتُه.

ومَن قَذَفَ، أو زنىٰ، أو شَرِبَ غيرَ مرةٍ، فحُدَّ: فهو لذلك كلِّه.

قال: (فإن ضُرِبَ سَوْطاً في قذفٍ، ثم أسلم، ثم ضُرِبَ ما بقِيَ: جازتْ شهادتُه)؛ لأن رَدَّ الشهادةِ مُتَمِّمٌ للحَدِّ، فيكونُ صفةً له، والمُقَامُ بعد الإسلام: بعضُ الحَدِّ، فلا يكونُ ردُّ الشهادةِ صفةً له.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه تُرَدُّ شهادتُه، إذِ الأقلُّ تابعٌ للأكثر.

والأولُ أصحُّ.

قال: (ومَن قَذَفَ، أو زنىٰ، أو شَرِبَ غيرَ مرةٍ، فحُدَّ: فهو لذلك كلِّه).

أما الآخِران[1]: فلأنَّ المَقصَدَ من إقامةِ الحَدِّ حَقّاً لله تعالىٰ: الانزجارُ، واحتمالُ حصولِه بالأول[2] قائمٌ، فتتمكَّنُ شبهةُ فواتِ المقصودِ[3] في الثاني[4].

وهذا بخلاف ما إذا زنىٰ، وقَذَفَ، وسَرَقَ، وشَرِبَ: لأن المقصودَ من كلِّ جنسٍ غيرُ المقصودِ من الآخَر، فلا يتداخَلُ[5].

---

(١) وفي نُسخ: الأوَّلان. قلت: وهذا يُحمَل علىٰ النُّسخ التي أخَّرت ذِكر القذف، حيث جاءت هكذا: ومَن زنىٰ أو شرب أو قذف. وينظر البناية ٨/٤٩٢.

(٢) أي بالحد الأول.

(٣) أي الانزجار.

(٤) أي الحد الثاني.

(٥) بل يُقام لكل واحد منها ما يقتضي حدُّه.

. . . .

وأما القَذْفُ فالمُغَلَّبُ فيه عندنا: حَقُّ الله تعالىٰ؛ فيكونُ مُلحَقاً بهما[١].

وقال الشافعي رحمه الله: إن اختَلَفَ المقذوفُ[٢]، أو المقذوفُ به[٣]، وهو[٤]: الزنا: لا يتداخَلُ[٥]؛ لأن المُغَلَّبَ فيه: حَقُّ العبدِ عنده، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي بحدَّي السرقة والشرب؛ لأنهما أقرب المذكور. البناية ٨/٤٩٣.

(٢) كزيدٍ، وعَمرٍو.

(٣) كقَذْف زيدٍ بزناءَيْن مختلفَيْن، أي قَذَفَ الأولَ بزناً آخر.

(٤) أي المقذوف به.

(٥) أي لا يتداخل الزنا الأولُ بالآخر، فلكلٍّ حكمُه. أسنىٰ المطالب ٣/٣٨٢.

فصلٌ في التعزير

ومَن قَذَفَ عبداً، أو أَمَةً، أو أمَّ ولدٍ، أو كافراً بالزنا : عُزِّرَ.

وكذا إذا قَذَفَ مسلماً بغير الزنا، فقال : يا فاسِقُ، أو يا كافرُ، أو يا خبيثُ، أو يا سارقُ.

ولو قال : يا حِمَارُ، أو يا خِنزيرُ : لم يُعزَّر.

فصلٌ في التعزير

قال: (ومَن قَذَفَ عبداً، أو أَمَةً، أو أمَّ ولدٍ، أو كافراً بالزنا: عُزِّرَ)؛ لأنه جنايةُ قَذْفٍ، وقد امتنع وجوبُ الحَدِّ لفَقْدِ الإحصان، فوَجَبَ التعزيرُ.

قال: (وكذا إذا قَذَفَ مسلماً بغير الزنا، فقال: يا فاسِقُ، أو يا كافرُ، أو يا خبيثُ، أو يا سارقُ)؛ لأنه آذاه، وأَلْحَقَ الشَّيْنَ به.

ولا مَدخلَ للقياس في الحدود، فوَجَبَ التعزيرُ، إلا أنه يُبَلَّغُ بالتعزير غايتَه في الجناية الأُولىٰ[1]؛ لأنه من جنس ما يجبُ به الحدُّ، وفي الثانية[2]: الرأيُ إلىٰ الإمام.

قال: (ولو قال: يا حِمَارُ، أو يا خِنزيرُ: لم يُعزَّر)؛ لأنه ما أَلْحَقَ الشَّيْنَ به؛ للتيقُّن بنفيه.

وقيل: في عُرْفِنا: يُعزَّرُ؛ لأنه يُعَدُّ سبّاً.

---

(١) أي فيما إذا قذف غيرَ المحصن بالزنا.

(٢) أي فيما إذا قذف المحصنَ بغير الزنا.

والتعزيرُ أكثرُه : تسعةٌ وثلاثون جَلْدةً، وأقلُّه : ثلاثُ جَلَدَات .
وقال أبو يوسف رحمه الله : يُبَلَّغُ بالتعزير خمسةً وسبعين سَوْطاً .

وقيل: إن كان المسبوبُ من الأشراف، كالفقهاء والعَلَوية: يُعزَّرُ؛ لأنه تلحقُهمُ الوَحْشةُ بذلك، وإن كان من العامة: لا يُعزَّرُ، وهذا حَسَنٌ.

قال: (والتعزيرُ أكثرُه: تسعةٌ وثلاثون جَلْدةً[1]، وأقلُّه: ثلاثُ جَلَدَات.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يُبَلَّغُ بالتعزير خمسةً وسبعين سَوْطاً).

والأصلُ فيه: قولُه عليه الصلاة والسلام: «مَن بَلَغَ حَدّاً في غير حَدٍّ: فهو من المعتدين»[2].

وإذا تعذَّر تبليغُه حَدّاً: فأبو حنيفة ومحمدٌ رحمهما الله نَظَرَا إلىٰ أدنىٰ الحَدِّ، وهو حَدُّ العبدِ في القذف، فصرَفاه إليه، وذلك أربعونُ سوطاً، فنَقَصَا منه سَوْطاً.

وأبو يوسف رحمه الله اعتبر أقلَّ الحَدِّ: في الأحرار، إذِ الأصلُ هو الحريةُ، ثم نَقَصَ سوطاً، في روايةٍ عنه، وهو قولُ زفر رحمه الله، وهو القياسُ.

وفي هذه الرواية: نَقَصَ خمسةً، وهو مأثورٌ عن عليٍّ[3] رضي الله عنه، فقلَّده.

---

(١) وفي نُسخ: سوطاً.

(٢) الآثار لمحمد بن الحسن ص١٣٣ مرسلاً، سنن البيهقي (١٧٥٨٤)، وقال: المحفوظ مرسل، ورواه ابن ناجية في فوائده، كما في نصب الراية ٣/٣٥٤.

(٣) أي التعزير خمسة وسبعين سوطاً، قال في الدراية ٢/١٠٧: لم أجده.

وإن رأىٰ الإمامُ أن يَضُمَّ إلىٰ الضرب في التعزيرِ الحبسَ: فَعَلَ.

وأشدُّ الضرب: التعزيرُ.

ثم قدَّر الأدنىٰ في «الكتاب[1]» بثلاث جَلَدَاتٍ؛ لأن ما دونها: لا يقعُ به الزَّجْرُ.

وذَكَرَ مشايخُنا[2] رحمهم الله: أن أدناه: علىٰ ما يراه الإمامُ، يُقَدِّرُه بقَدْرِ ما يَعلَمُ أنه يَنزجِرُ؛ لأنه يختلفُ باختلاف الناس.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه علىٰ قَدْرِ عِظَمِ الجُرْمِ وصِغَره.

وعنه: أنه يُقَرَّبُ كلُّ نوعٍ من بابه، فيُقرَّبُ اللمسُ والقُبْلَةُ: من حَدِّ الزنا، والقذفُ بغير الزنا: من حَدِّ القذف.

قال: (وإن رأىٰ الإمامُ أن يَضُمَّ إلىٰ الضرب في التعزيرِ الحبسَ: فَعَلَ)؛ لأنه صَلُحَ تعزيراً، وقد وَرَدَ الشرعُ[3] به في الجملة، حتىٰ جاز أن يُكتفىٰ به، فجاز أن يُضَمَّ إليه.

ولهذا لم يُشرَع في التعزير بالتُّهمة قبلَ ثبوته، كما شُرِع في الحد؛ لأنه من التعزيز.

قال: (وأشدُّ الضرب: التعزيرُ)؛ لأنه جرىٰ التخفيفُ فيه من حيثُ العددُ،

---

(١) أي قدَّرَ الإمامُ القدوري في مختصره. البناية ٨/٥٠٣.

(٢) أي وذَكَرَ بعضُ مشايخنا في شروح الجامع الصغير. البناية ٨/٥٠٣.

(٣) فقد حبس صلىٰ الله عليه وسلم رجلاً في تهمةٍ، ثم خلَّىٰ سبيله، كما في سنن الترمذي (١٤١٧)، وقال: حديث حسن.

ثم حَدُّ الزنا، ثم حَدُّ الشُّرْب، ثم حَدُّ القذف.

ومَن حَدَّه الإمامُ أو عَزَّرَه، فمات: فدَمُه هَدَرٌ.

فلا يُخفَّفُ من حيث الوصفُ؛ كي لا يؤدِّيَ إلىٰ فَوْت المقصود، ولهذا لم يُخفَّفْ من حيثُ التفريقُ علىٰ الأعضاء.

قال: (ثم حَدُّ الزنا)؛ لأنه ثابتٌ بالكتاب، وحَدُّ الشُّرْب ثبت بقول الصحابة رضي الله عنهم أجمعين[(١)].

ولأنه أعظمُ جنايةً، حتىٰ شُرِع فيه الرجمُ.

قال: (ثم حَدُّ الشُّرْب)؛ لأنَّ سببَه[(٢)] متيقَّنٌ به.

قال: (ثم حَدُّ القذف)؛ لأنَّ سببَه محتمِلٌ؛ لاحتمال كونه صادقاً.

ولأنه جرىٰ فيه التغليظُ من حيث رَدُّ الشهادةِ، فلا يُغلَّظُ من حيث الوصفُ.

قال: (ومَن حَدَّه الإمامُ أو عَزَّرَه، فمات: فدَمُه هَدَرٌ)؛ لأنه فَعَلَ ما فَعَلَ بأمر الشرعِ، وفِعْلُ المأمورِ: لا يتقيَّدُ بشرط السلامة، كالفَصَّاد، والبَزَّاغ.

بخلاف الزوجِ إذا عزَّر زوجتَه؛ لأنه مطلَقٌ فيه، والإطلاقاتُ تتقيَّدُ بشرط السلامة، كالمرور في الطريق.

---

(١) تقدم قريباً في حد الشرب، وهو في صحيح مسلم (١٧٠٦).

(٢) وهو شربُ الخمر.

. . . .

وقال الشافعي[١] رحمه الله: تجب الديةُ في بيت المال[٢]؛ لأن الإتلافَ خطأٌ فيه، إذِ التعزيرُ للتأديب، غيرَ أنه تجبُ الديةُ في بيت المال؛ لأن نَفْعَ عملِه يَعودُ إلىٰ عامة المسلمين، فيكون الغُرْمُ في مالِهم.

قلنا: لَمَّا استوفىٰ حَقَّ اللهِ تعالىٰ بأمره: صار كأنَّ اللهَ تعالىٰ أماتَه من غير واسطة، فلا يجب الضمانُ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) في رواية. حاشية سعدي علىٰ الهداية.

(٢) في قولٍ، والمعتمد أن الدية تجب علىٰ عاقلة الإمام إذا لم يظهر منه تقصير. منهاج الطالبين ٣٠٦/١، مغني المحتاج /٢٠١.

كتاب السَّرِقة

إذا سَرَقَ العاقلُ البالغُ عشرةَ دراهمَ، أو ما تَبلُغُ قيمتُه عشرةَ. . . . . . .

كتاب السَّرِقة

السَّرِقةُ في اللغة: أَخْذُ الشيءِ من الغير علىٰ سبيلِ الخُفْيَةِ والاستسرارِ[١]، ومنه: استراقُ السَّمْع، قال الله تعالىٰ: ﴿ إِلَّا مَنِ اسْتَرَقَ السَّمْعَ ﴾. الحِجْر/١٨.

وقد زِيْدَتْ عليه أوصافٌ في الشريعة، علىٰ ما يأتيكَ بيانُه[٢] إن شاء الله تعالىٰ.

والمعنىٰ اللغوي مراعىً فيها ابتداءً وانتهاءً، أو ابتداءً، لا غيرَ، كما إذا نَقَبَ الجدارَ علىٰ الاستسرار، وأَخَذَ المالَ من المالِك مكابَرةً[٣] علىٰ الجِهَار.

وفي الكبرىٰ[٤]، أعني قَطْعَ الطريق: مسارقةُ عينِ الإمام؛ لأنه هو المتصدِّي لحفظ الطريق بأعوانه.

وفي الصغرىٰ: مسارَقةُ عينِ المالك، أو مَن يقومُ مَقامَه.

قال: (إذا سَرَقَ العاقلُ البالغُ عشرةَ دراهمَ، أو ما تَبلُغُ قيمتُه عشرةَ

---

(١) أي الاستتار. حاشية سعدي علىٰ الهداية، وغيرها.

(٢) وفي نُسخ: بيانها.

(٣) أي مقابلةً بالسلاح ومدافعةً. البناية ٩/٤، وفي حاشية سعدي: مغالبةً ومدافعةً.

(٤) أي في السرقة الكبرىٰ حالَ جناية قطع الطريق.

دراهمَ مضروبةٍ، أو غيرِ مضروبةٍ، من حِرْزٍ، لا شُبهةَ فيه: وَجَبَ عليه القطعُ.

دراهمَ مضروبةٍ، أو غيرِ مضروبةٍ[١]، من حِرْزٍ، لا شُبهةَ فيه: وَجَبَ عليه القطعُ).

والأصل فيه: قولُه تعالىٰ: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾. الآية. المائدة/٣٨.

ولا بدَّ من اعتبار العقل، والبلوغِ: لأنَّ الجنايةَ لا تتحقَّقُ دونَهما، والقطعُ جزاءُ الجناية.

ولا بدَّ من التقدير بالمال الخطير: لأن الرَّغَبَاتِ تَفتُرُ[٢] في الحقير.

وكذا أَخْذُهُ[٣]: لا يَخفَىٰ، فلا يتحقَّقُ ركنُه[٤]، ولا حكمةُ الزجر؛ لأنها[٥] فيما يَغلِبُ.

والتقديرُ بعشرة دراهم: مذهبُنا.

---

(١) قوله: أو غير مضروبةٍ: مثبتٌ في نُسخ، دون أخرىٰ، وسيأتي في كلام المصنِّف بعد قليل ترجيحَه لاشتراط المضروبة.

(٢) وفي نُسخ: تنفِر.

(٣) أي وكذا أَخْذُ الشيء الحقيرِ: لا يَخفَىٰ أنه لا يُقطع فيه؛ لعدم تحقق شرط القطع، وهو أَخْذ المال الخطير، وفي نُسخ: آخِذُه لا يُخفِي.

وفي نُسخ: وكذا آخِذُه: لا يُخفِي. هكذا ضُبطت.

(٤) أي ركن السرقة، وهو أخذ المال الخطير.

(٥) أي حكمة الزجر فيما يَغلِبُ وقوعها، وذلك في المال الخطير.

. . . .

وعند الشافعيِّ[١] رحمه الله: التقديرُ بربع دينار.

وعند مالكٍ[٢] رحمه الله: بثلاثة دراهمَ.

لهما[٣]: أن القطعَ علىٰ عهدِ رسولِ الله عليه الصلاة والسلام ما كان إلا في ثَمَنِ المِجَنِّ[٤].

وأقلُّ ما نُقِلَ في تقديره: ثلاثةُ دراهم[٥]، والأخذُ بالأقلِّ وهو المتيقَّن به أَوْلىٰ.

غيرَ أن الشافعيَّ رحمه الله يقول: كانت قيمةُ الدينار علىٰ عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام اثني عشر درهماً[٦]، والثلاثةُ: رُبُعُها.

ولنا: أن الأخذَ بالأكثر في هذا الباب أَوْلىٰ؛ احتيالاً لدَرْءِ الحَدِّ.

وهذا لأنَّ في الأقلِّ شبهةَ عدمِ الجناية، وهي دارِئةٌ للحد.

وقد تأيَّد ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام: «لا قَطْعَ إلا في دينارٍ، أو عشرةِ دراهمَ»[٧].

---

(١) منهاج الطالبين ٢٩٨/١.

(٢) ينظر شرح خليل للخرشي ٩٣/٨.

(٣) أي للإمام مالكٍ والشافعي رحمهما الله.

(٤) صحيح البخاري (٦٧٩٤)، صحيح مسلم (١٦٨٥).

(٥) صحيح مسلم (١٦٨٦).

(٦) مسند أحمد (٢٤٥١٥)، سنن البيهقي الكبرىٰ (١٧١٦٤)، الدراية ١٠٧/٢.

(٧) مسند أحمد (٦٩٠٠)، المعجم الأوسط (٧٢٧٦)، شرح معاني الآثار =

. . . .

واسمُ الدراهم يَنطلِقُ علىٰ المضروبة عُرْفاً، فهذا يُبيِّنُ لكَ اشتراطَ المضروب، كما قال في «الكتاب[1]»، وهو ظاهرُ الرواية، وهو الأصح؛ رعايةً لكمال الجناية.

حتىٰ لو سرق عشرةً تِبْراً، قيمتُها أنقصَ من عشرة دراهم مضروبةٍ: لا يجبُ القطعُ.

والمعتبرُ: وَزْنُ سبعةِ مثاقيلَ؛ لأنه هو المتعارَف في عامة البلاد.

وقولُه: أو ما يبلُغُ قيمتُه عشرةَ دراهم: إشارةٌ إلىٰ أن غيرَ الدراهم تُعتبر قيمتُه بها وإن كان ذهباً.

ولا بدَّ من حِرْزٍ، لا شبهةَ فيه: لأن الشبهةَ دارِئةٌ، وسنبيِّنُه من بعدُ إن شاء الله تعالىٰ.

٢/٩٣، وللحديث طرقٌ وشواهد تُقوِّيه، كما في نصب الراية ٣/٣٥٥ ـ ٣٦٠، وفيه كلامٌ طويل، الدراية ٢/١٠٧.

(١) لكن في نُسَخ القدوري المخطوطة القديمة العديدة مما هو عندي قد أُثبت فيها أيضاً: أو غير مضروبة. اهـ، وكذلك في أقدم نُسخ بداية المبتدي، ينظر ص٣٥٨، وكذلك أُثبت: أو غير مضروبة: في عدة نُسخ من الهداية.

قال العيني في رمز الحقائق شرح كنز الدقائق ١/٢٣٧: وقيل: المضروبة وغير المضروبة: سواءٌ، والأولُ أصح. اهـ، وبهذا وافق العينيُّ صاحبَ الهداية.

وقال صاحبُ الجوهرة النيرة ٥/٣٨٣: اختلفت الروايةُ في ذلك، ففي ظاهر الرواية: اشترط المضروبةَ، وهو الأصح، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة أنه سوَّىٰ بين المضروبة وغير المضروبة.

والعبدُ والحرُّ في القطع : سواءٌ.

ويجبُ القطعُ بإقراره مرةً واحدةً، وهذا عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله : لا يُقطَعُ إلا بالإقرار مرَّتَيْن.

قال: (والعبدُ والحرُّ في القطع: سواءٌ)؛ لأن النصَّ لم يَفصِلْ بينهما.

ولأن التنصيفَ[1] متعذِّرٌ فيه، فيتكاملُ[2]؛ صيانةً لأموال الناس.

قال: (ويجبُ القطعُ بإقراره مرةً واحدةً، وهذا عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يُقطَعُ إلا بالإقرار مرَّتَيْن).

ويُروىٰ عنه: أنهما في مجلسَيْن مختلِفَيْن؛ لأنه إحدىٰ الحُجَّتَيْن، فيُعتبر بالأخرىٰ، وهي البيِّنةُ، كذلك اعتبرنا في الزنا.

ولهما: أن السرقةَ قد ظهرت بالإقرار مرةً، فيُكتفَىٰ به[3]، كما في القصاص، وحدِّ القذف.

ولا اعتبارَ بالشهادة؛ لأن الزيادةَ تُفيدُ فيها تقليلَ تهمةِ الكذب، ولا تفيدُ في الإقرار شيئاً؛ لأنه لا تهمةَ.

وبابُ الرجوع في حَقِّ الحدِّ لا يَنسدُّ[4] بالتكرار[5]، والرجوعُ في حقِّ

---

(١) في القطع.

(٢) أي الحد، وهو القطع.

(٣) أي بالإقرار مرة واحدة.

(٤) وفي نُسخ: لا يثبت.

(٥) جوابٌ عما يُقال: إنما يُشترط التكرارُ لقطع احتمال الرجوع عن الإقرار؛ لأنه لو أقرَّ مراراً كثيرةً، ثم رجع: صحَّ رجوعُه في حَقِّ الحَدِّ؛ لأنه لا مُكذِّبَ له. البناية ١١/٩.

ويجبُ بشهادة شاهدَيْن.

وإذا اشترك جماعةٌ في سرقةٍ، فأصابَ كلَّ واحدٍ منهم عشرةُ دراهمَ: قُطِعَ، وإن أصابه أقلُّ من ذلك: لم يُقطَعُ.

المال لا يصحُّ أصلاً؛ لأن صاحبَ المالِ يُكذِّبه.

واشتراطُ الزيادةِ في الزنا: بخلاف القياس، فيُقتَصَرُ علىٰ مَوْرِدِ الشرع.

قال: (ويجبُ[1] بشهادة شاهدَيْن)؛ لتحقُّقِ الظهور، كما في سائر الحقوق.

وينبغي أن يَسألَهما الإمامُ عن كيفية السرقة، وماهيَّتِها، وزمانِها، ومكانِها؛ لزيادة الاحتياطِ، كما مَرَّ في الحدود.

ويحبِسُه إلىٰ أن يسألَ عن الشهود؛ للتهمة.

قال: (وإذا اشترك جماعةٌ في سرقةٍ، فأصابَ كلَّ واحدٍ منهم عشرةٌ[2] دراهمَ: قُطِعَ، وإن أصابه أقلُّ من ذلك: لم يُقطَعُ)؛ لأن الموجِبَ سرقةُ النصاب.

ويجبُ علىٰ كلِّ واحدٍ منهم بجنايته، فيُعتبرُ كمالُ النصاب في حقِّه، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي القطع.

(٢) وفي نُسخ: فأصابَ كلُّ ـ بالضمِّ ـ واحدٍ منهم عشرةَ ـ بالنصب ـ دراهمَ. والمعنىٰ واحدٌ.

باب
ما يُقطَعُ فيه، وما لا يُقْطَع

ولا قَطْعَ فيما يوجَدُ تافِهاً، مباحاً، في دار الإسلام، كالخشب، والحَشِيشِ، والقَصَبِ، والسمكِ، والطيرِ، والصيدِ، والزِّرْنيخِ، والمَغْرَةِ، والنُّوْرَة.

باب
ما يُقطَعُ فيه، وما لا يُقْطَع

قال: (ولا قَطْعَ فيما يوجَدُ تافِهاً، مباحاً، في دار الإسلام، كالخشب، والحَشِيشِ، والقَصَبِ، والسمكِ، والطيرِ، والصيدِ، والزِّرْنيخِ، والمَغْرَةِ، والنُّوْرَة).

والأصلُ فيه: حديثُ عائشةَ رضي الله عنها قالت: «كانت اليدُ لا تُقطعُ علىٰ عهد رسولِ الله عليه الصلاة والسلام في الشيءِ التَّافِه»[1]، أي الحقير.

وما يوجَدُ جنسُه مباحاً في الأصل بصورته، غيرَ مرغوبٍ فيه: حقيرٌ، تَقِلُّ الرَّغَبَات فيه، والطِّبَاعُ لا تَضِنُّ به، فقلَّما يوجدُ أَخْذُه علىٰ كَرْهٍ من المالك، فلا حاجةَ إلىٰ شَرْعِ الزاجر.

---

(١) مصنف ابن أبي شيبة (٢٨١١٤)، مصنف عبد الرزاق (١٨٩٥٩)، وفيه إرسالٌ، ينظر الدراية ١٠٩/٢، التعريف والإخبار ٢٣٥/٣.

. . . .

ولهذا لم يجبِ القطعُ في سرقةِ ما دونَ النصاب.

ولأن الحِرْزَ فيها ناقصٌ، ألا يُرىٰ أن الخشبَ يُلقَىٰ علىٰ الأبواب، وإنما يُدخَلُ في الدارِ للعِمارة، لا للإحراز[1].

والطير[2] يطيرُ، والصيدَ يَفِرُّ.

وكذا الشركةُ العامةُ التي كانت فيه[3]، وهو علىٰ تلك الصفة: تُورِثُ الشبهةَ، والحَدُّ يندرىءُ بها.

ويدخلُ[4] في السمك: المالحُ، والطَّرِيُّ.

وفي الطير: الدجاجُ، والبَطُّ، والحَمَامُ؛ لِمَا ذكرنا.

ولإطلاق قولِه عليه الصلاة والسلام: «لا قَطْعَ في الطير»[5].

وعن أبي يوسفَ رحمه الله: أنه يجبُ القطعُ في كلِّ شيءٍ، إلا الطينَ،

---

(١) لكن قال ابن الهمام في فتح القدير ١٢٩/٥: وذلك في زمانهم، وأما في زماننا: فيُحرز في دكاكين التجار.

(٢) أراد به الطير المذكور في أول الباب، وهو ما يكون مباحاً، وكذلك الصيد.

(٣) أي في الصيد، أي هو مباحٌ للعامة.

(٤) أي في إطلاق لفظ القدوري رحمه الله.

(٥) قال في الدراية ١٠٩/٢: لم أجده، وروي موقوفاً من قول عثمان وعلي وغيرهما رضي الله عنهم، مصنف ابن أبي شيبة (٢٨٦٠٨)، مصنف عبد الرزاق (١٨٩٠٧) الدراية ١٠٩/٢، التعريف والإخبار ٢٤١/٣.

ولا قَطْعَ فيما يَتسارَعُ إليه الفسادُ، كاللَّبَن، واللحمِ، والفواكهِ الرَّطْبة.

والترابَ، والسِّرْقِينَ، وهو قولُ الشافعي[1] رحمه الله.

والحُجَّةُ عليهما ما ذكرناه.

قال: (ولا قَطْعَ فيما يَتسارَعُ إليه الفسادُ، كاللَّبَن، واللحمِ، والفواكهِ الرَّطْبة)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا قطعَ في ثَمرٍ، ولا كَثَر»[2].

والكَثَرُ: الجُمَّار[3]، وقيل: الوَدِيُّ[4].

وقال عليه الصلاة والسلام: «لا قطعَ في الطعام»[5].

والمرادُ منه، والله أعلم: ما يَتسارَعُ إليه الفسادُ، كالمُهيَّأِ للأكل منه، وما في معناه، كاللحم، والثمَرِ؛ لأنه يُقطَعُ في الحنطة والسُّكَّر[6]، إجماعاً.

وقال الشافعي[7] رحمه الله: يُقطَعُ فيها؛ لقوله عليه الصلاة والسلام:

---

(١) فيها وجهان للشافعية. روضة الطالبين ١٠/١٢١.

(٢) سنن أبي داود (٤٣٨٨)، سنن الترمذي (١٤٤٩)، وصحَّحه ابن حبان (٤٤٦٦).

(٣) شحم النخل، وهو أبيض، يُقطع من رأس النخلة، ويُقال له: قلب النخلة.

(٤) أي الفسيل، صغار النخيل.

(٥) قال في نصب الراية ٣/٣٦٢: غريب بهذا اللفظ، وفي المراسيل لأبي داود (٢٤٥) مرفوعاً: «إني لا أقطع في الطعام»، وفي مصنف ابن أبي شيبة (٢٩١٨٠) مرسلاً عن الحسن أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أُتِيَ برجلٍ سرق طعاماً، فلم يقطعه.

(٦) لأنه لا يتسارع إليهما الفساد.

(٧) الحاوي الكبير ١٣/٢٧٤.

ولا قَطْعَ في الفاكهةِ علىٰ الشجر، والزرعِ الذي لم يُحصَدْ.

ولا قطعَ في الأشربة المُطْرِبة.

«لا قطعَ في ثَمَرٍ، ولا كَثَرٍ، فإذا آواه الجَرِينُ[1]، أو[2] الجِرَانُ: قُطِعَ»[3].

قلنا: أخرجه[4] علىٰ وِفاق العادة، والذي يُؤوِيه الجَرِينُ في عادتهم: هو اليابسُ من الثمر، وفيه القطعُ.

قال: (ولا قَطْعَ في الفاكهةِ علىٰ الشجر، والزرعِ الذي لم يُحصَدْ)؛ لعدم الإحراز.

قال: (ولا قطعَ في الأشربة المُطْرِبة)؛ لأن السارق يَتأوَّلُ في تناولِها الإراقةَ.

ولأنَّ بعضَها ليس بمالٍ، وفي ماليةِ بعضِها اختلافٌ[5]، فتتحقَّق شبهةُ عدمِ المالية.

---

(١) أي البيدر، ويسمىٰ في الحجاز: المِرْبَد، وهو الموضع الي يُلقىٰ فيه الرطب ليجفَّ. البناية ٢٠/٩، وقد يراد به الجراب الذي يُتَّخَذُ من جلد البعير من مقدَّم عنقه، والمراد: أي يكون الثمر في الحرز.

(٢) هذا تردُّدٌ من الراوي. الكفاية ١٣٠/٨، وفي البناية ٢٠/٩: الجران: الجراب.

(٣) قال في الدراية ١٠٩/٢: لم أجده بزيادة: فإذا آواه...، وبدونها تقدم قريباً، وفي معناها أخرجه أصحاب السنن الأربعة، وينظر التعريف والإخبار ٢٤٣/٣.

(٤) أي النبي صلىٰ الله عليه وسلم. البناية ٢٠/٩.

(٥) كالمنصَّف والباذِق وماء الذُّرة والشعير. البناية ٢١/٩.

ولا في الطُّنْبُور، ولا في سرقة المصحفِ وإن كان عليه حِلْيَةٌ.

ولا يُقطَعَ في أبوابِ المسجدِ.

قال: (ولا في الطُّنْبُور)؛ لأنه من المعازِف[1].

قال: (ولا في سرقة المصحفِ وإن كان عليه حِلْيَةٌ).

وقال الشافعي[2] رحمه الله: يُقطَعُ لأنه مالٌ متقوِّمٌ، حتىٰ يجوزُ بيعُه.

وعن أبي يوسف رحمه الله مثلُه.

وعن أبي يوسف رحمه الله أيضاً: أنه يُقطَع إذا بلغتِ الحِلية نصاباً؛ لأنها ليست من المصحف، فتُعتبر بانفرادها.

ووَجْهُ الظاهر: أن الآخِذَ يتأوَّلُ في أخذه القراءةَ، والنظرَ فيه.

ولأنه لا ماليةَ له؛ علىٰ اعتبار المكتوب، وإحرازُه لأجلِه[3]، لا للجِلد والأوراق والحِلية، وإنما هي توابِعُ، ولا معتبرَ بالتَّبَع، كمن سرق آنيةً فيها خمرٌ، وقيمةُ الآنية تربو[4] علىٰ النصاب.

قال: (ولا يُقطَعَ في أبوابِ المسجدِ).

لعدمِ الإحرازِ، فصار كبابِ الدارِ، بل أَوْلىٰ؛ لأنه يُحرَزُ بباب الدار:

---

(١) وهي غير متقوِّمة، وأيضاً يَتأول آخذُها النهيَ عن المنكَر. فتح القدير ٥/١٣٢.

(٢) نهاية المطلب ١٧/٢٩٥.

(٣) أي لأجل المكتوب.

(٤) أي تزيد، وفي نُسخ: تُربي.

ولا الصليبِ من الذهب، ولا الشِّطْرَنجِ، ولا النَّرْدِ.

ولا قَطْعَ علىٰ سارقِ الصبيِّ الحُرِّ وإن كان عليه حَلْيٌ.

ما فيها، ولا يُحرَزُ بباب المسجد: ما فيه، حتىٰ لا يجبُ القطعُ بسرقة متاعِه[1].

قال: (ولا الصليبِ من الذهب، ولا الشِّطْرَنجِ، ولا النَّرْدِ).

لأنه يَتأوَّلُ مَن أَخَذَها الكَسْرَ[2]؛ نهياً عن المُنكَر.

بخلافِ الدرهمِ الذي عليه التمثالُ؛ لأنه ما أُعِدَّ للعبادة، فلا تثبتُ شبهةُ إباحةِ الكسر.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه إنْ كان الصليبُ في المصلَّىٰ: لا يُقطَعُ؛ لعدم الحِرْز، وإن كان في بيتٍ آخَر: يُقطَعُ؛ لكمال المالية، والحِرْز.

قال: (ولا قَطْعَ علىٰ سارقِ الصبيِّ الحُرِّ وإن كان عليه حَلْيٌ[3])؛ لأن الحُرَّ ليس بمالٍ، وما عليه من الحَلْيِ تَبَعٌ له.

ولأنه يَتأوَّلُ في أَخْذِ الصبيِّ إسكاتَه، أو حملَه إلىٰ مُرضعَتِه.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يُقطَعُ إذا كان عليه حَلْيٌ هو نصابٌ؛ لأنه يجب القطعُ بسرقته وحدَه، فكذا مع غيره.

وعلىٰ هذا: إذا سَرَقَ إناءَ فضةٍ فيه نبيذٌ، أو ثَرِيدٌ.

---

(١) أي متاع المسجد.

(٢) وضبطت الجملة في نُسخٍ: يُتأوَّلُ مِن أَخْذِها الكسرَ.

(٣) حَلْيٌ: مفردُ: حُلِيّ، كثُدِيٍّ: جمع: ثَدْي. المغرب ١/٢٢٢.

ولا قَطْعَ في سرقةِ العبدِ الكبيرِ، ويُقطَعُ في سرقةِ العبدِ الصغير.

ولا قَطْعَ في الدفاتِرِ كلِّها، إلا في دفاترِ الحساب.

ولا في سرقةِ كلبٍ، ولا فهدٍ.

والخلافُ في صبيٍّ لا يمشي، ولا يتكلَّمُ: كي لا يكونَ[١] في يدِ نفسه.

قال: (ولا قَطْعَ في سرقةِ العبدِ الكبيرِ)؛ لأنه غصبٌ، أو خِداعٌ.

قال: (ويُقطَعُ في سرقةِ العبدِ الصغير)؛ لتحققُّها بحَدِّها، إلا إذا كان يُعبِّرُ عن نفسه؛ لأنه هو والبالغَ سواءٌ في اعتبار يدِه.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يُقطَعُ وإن كان صغيراً لا يعقِلُ، ولا يتكلَّمُ، ولا يُعبِّر عن نفسه؛ استحساناً؛ لأنه آدميٌّ من وجهٍ، مالٌ من وجه.

ولهما: أنه مالٌ مطلَقٌ؛ لكونه منتَفَعاً به، أو بعَرْضِ أن يصيرَ منتَفَعاً به، إلا أنه انضمَّ إليه معنىٰ الآدمية.

قال: (ولا قَطْعَ في الدفاتِرِ كلِّها)؛ لأن المقصودَ: ما فيها، وذلك ليس بمالٍ، (إلا في دفاترِ الحساب)؛ لأن ما فيها لا يُقصَدُ بالأخذ، فكان المقصودُ هو الكواغِدَ[٢].

قال: (ولا في سرقةِ كلبٍ، ولا فهدٍ)؛ لأن من جنسِهما يوجَدُ مباحُ الأصل، غيرَ مرغوبٍ فيه.

---

(١) أي الصبي، حتىٰ لو كان يتكلم ويمشي ويُعبِّر: لا يُقطع سارقه إجماعاً.

(٢) مفردها: كاغَد، وهي الأوراق، وهي مالٌ متقوِّمٌ، فيُقطَع بسرقتها.

ولا قَطْعَ في دُفٍّ، ولا طَبْلٍ، ولا بَرْبَطٍ، ولا مِزْمَارٍ.

ويُقطعُ في السَّاجِ، والقَنَا، والآبَنُوسِ، والصَّنْدَل.

ولأنَّ الاختلافَ بين العلماء ظاهرٌ في مالية الكلب[١]، فأورثَ شبهةً.

قال: (ولا قَطْعَ في دُفٍّ[٢]، ولا طَبْلٍ، ولا بَرْبَطٍ[٣]، ولا مِزْمَارٍ)؛ لأن عندهما: لا قيمةَ لها.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: آخِذُها يَتأوَّلُ الكسرَ فيها.

قال: (ويُقطعُ في السَّاجِ[٤]، والقَنَا، والآبَنُوسِ، والصَّنْدَل)؛ لأنها أموالٌ محرَزَةٌ؛ لكونها عزيزةً عند الناس، ولا توجدُ بصورتها مباحةً في دار الإسلام.

---

(١) فعند الشافعي وأحمد ومالكٍ في رواية وداود: لا ماليةَ في الكلب، ولهذا حرَّموا ثمنَه؛ لأن بيعه باطلٌ، وعند عطاء وإبراهيم النخعي وأبي حنيفة وصاحبيه: يجوز بيع الكلاب التي يُنتَفع بها، وتُباح أثمانها. البناية ٩/٢٧.

(٢) قلت: الدفُّ ليس من آلات اللهو، بل هو مما أباحه الشارع، بل ندب إليه في مواضع عدة، فهو متقوِّمٌ شرعاً، لكن يحتمل أن يُستعمل في غير المباح، فيتأول آخذُه لإزالة المنكَر، ولذا لم يجب القطع في أَخْذه. ينظر فتح باب العناية ٢/٤٠٤، تبيين الحقائق ٢/٢١٧.

(٣) علىٰ وزن: جَعْفَرٍ، من ملاهي العجم، ويسمِّيه العرب: المِزهَر. المصباح المنير.

(٤) هو خشبٌ أسود رزين، يُجلب من الهند، ولا تكاد الأرض تُبليه.

وأما القنا: فهو جمع: قناة، وهي خشبة الرُّمح، وأما الآبنوس: فهو خشبٌ معروفٌ أشد سواداً من الساج، وأما الصندل: فهو خشبٌ أحمر وأصفر طيب الرائحة.

ويُقطَعُ في الفُصوص الخُضْر، والياقوتِ، والزَّبَرْجَد.

وإذا اتُّخِذَ من الخشب أوانٍ، أو أبوابٌ: قُطِعَ فيها.

ولا قَطْعَ علىٰ خائنٍ، ولا خائنةٍ، ولا مُنتَهِبٍ، ولا مُختَلِسٍ.

قال: (ويُقطَعُ في الفُصوص الخُضْر، والياقوتِ، والزَّبَرْجَد)؛ لأنها من أَعَزِّ الأموال وأَنفَسِها، ولا توجدُ مباحةَ الأصلِ بصورتها في دار الإسلام غيرَ مرغوبٍ فيها، فصارت كالذهب والفضة.

قال: (وإذا اتُّخِذَ من الخشب أوانٍ، أو أبوابٌ: قُطِعَ فيها)؛ لأنها بالصَّنْعة التحقت بالأموال النفيسة، ألا ترىٰ أنها تُحرَزُ، بخلاف الحَصِير؛ لأن الصَّنْعةَ فيه لم تَغلِبْ علىٰ الجنس، حتىٰ يُبسَطُ في غير الحِرز.

وفي الحُصُر البَغدادِيَّة قالوا: يجبُ القطعُ في سرقتها؛ لغلبة الصَّنْعةِ علىٰ الأصل.

وإنما يجبُ القطعُ في غير المركَّب[1].

وإنما يجبُ إذا كان خفيفاً، لا يَثقُلُ علىٰ الواحدِ حَمْلُه؛ لأن الثقيلَ منه لا يُرغَبُ في سرقته.

قال: (ولا قَطْعَ علىٰ خائنٍ، ولا خائنةٍ)؛ لقصورٍ في الحِرْز.

(ولا مُنتَهِبٍ، ولا مُختَلِسٍ)؛ لأنه يُجاهِرُ بفعله.

كيف وقد قال النبيُّ عليه الصلاة والسلام: «لا قَطْعَ علىٰ مختَلِسٍ،

---

(١) أي من الأبواب؛ لأنها تُحرَز. البناية ٩/ ٣٠.

ولا قَطْعَ علىٰ النَّبَّاش.

ولا مُنتَهِبٍ، ولا خائنٍ»[١].

قال: (ولا قَطْعَ علىٰ النَّبَّاش)، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ.

وقال أبو يوسف والشافعي[٢] رحمهما الله: عليه القطعُ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن نَبَشَ: قَطَعْناه»[٣].

ولأنه مالٌ متقوِّمٌ محرَزٌ بحِرْزِ مثلِه، فيُقطَعُ فيه.

ولهما: قولُه عليه الصلاة والسلام: «لا قَطْعَ علىٰ المختفي»[٤]، وهو النَّبَّاشُ بلُغَة أهلِ المدينة[٥].

ولأن الشبهةَ تمكَّنت في الملك؛ لأنه لا مِلْكَ للميت حقيقةً، ولا للوارث؛ لتقدُّم حاجةِ الميت، وقد تمكَّنَ الخَلَلُ في المقصود، وهو الانزجارُ؛ لأن الجنايةَ في نفسِها نادرةُ الوجود.

---

(١) سنن أبي داود (٤٣٩١)، سنن الترمذي (١٤٤٨)، وقال: حسن صحيح، والعمل علىٰ هذا عند أهل العلم، وصححه ابن حبان (٤٤٥٧)، الدراية ٢/ ١١٠.

(٢) الحاوي الكبير ١٣/ ٣١٣.

(٣) معرفة السنن والآثار (١٧١٨٤)، وفي سنده كلام، وينظر نصب الراية ٣/٣٦٧، والتعريف والإخبار ٣/٢٤٥ ففيها عدة آثار عن الصحابة رضي الله عنهم في قَطْع النبَّاش.

(٤) قال في الدراية ٢/ ١١٠: لم أجده هكذا، وروي موقوفاً علىٰ ابن عباس رضي الله عنهما في مصنف بن أبي شيبة (٢٨٦٢٣).

(٥) أي في عُرفهم. فتح القدير ٥/ ١٣٧.

ولا يُقطَعُ السارقُ من بيتِ المال، ولا مِن مالٍ للسارق فيه شركةٌ.

ومَن له علىٰ آخَرَ دراهمُ، فسَرَقَ منه مثلَها : لم يُقطَعْ.

وإن سَرَقَ منه عُروضاً : قُطِعَ.

وما رواه: غيرُ مرفوعٍ، أو هو محمولٌ علىٰ السياسة.

وإن كان القبرُ في بيتٍ مُقفَلٍ: فهو علىٰ الخلاف[1]، في الصحيح.

وكذا[2] إذا سَرَقَ من تابوتٍ في القافلة، وفيه الميتُ؛ لِمَا بيَّنَّا.

قال: (ولا يُقطَعُ السارقُ من بيتِ المال)؛ لأنه مالُ العامة، وهو منهم.

قال: (ولا مِن مالٍ للسارق فيه شركةٌ)؛ لِمَا قلنا.

قال: (ومَن له علىٰ آخَرَ دراهمُ، فسَرَقَ منه مثلَها: لم يُقطَعْ)؛ لأنه استيفاءٌ لِحَقِّه.

والحالُّ والمؤجَّلُ فيه: سواءٌ؛ استحساناً[3]؛ لأن التأجيلَ لتأخير المطالبة.

وكذا إذا سرق زيادةً علىٰ حقِّه؛ لأنه بقَدْر حَقِّه: يصيرُ شريكاً فيه.

قال: (وإن سَرَقَ منه عُروضاً: قُطِعَ)؛ لأنه ليس له ولايةُ الاستيفاءِ منه، إلا بيعاً بالتراضي.

---

(١) يعني لا يُقطع عندهما، خلافاً لأبي يوسف.

(٢) أي علىٰ الخلاف المذكور.

(٣) لوجود المبيح للأخذ، ويُقطع قياساً؛ لانعدام الإطلاق في الأخذ. البناية ٣٦/٩.

ومَن سَرَقَ عَيْناً، فقُطِعَ فيها، فرَدَّها، ثم عاد، فسَرَقَها وهي بحالِها: لم يُقطَع.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يُقطَعُ؛ لأنَّ له أن يأخذَه عند بعض العلماءِ[١]؛ قضاءً من حَقِّه، أو رهناً بحقِّه.

قلنا: هذا قولٌ لا يَستندُ إلىٰ دليلٍ ظاهرٍ، فلا يُعتبرُ بدون اتصال الدعوىٰ به، حتىٰ لو ادعىٰ ذلك: دُرِىءَ عنه الحدُّ؛ لأنه ظنٌّ في موضع الخلاف.

ولو كان حقُّه دراهمَ، فسَرَقَ منه دنانيرَ: قيل: يُقطَع؛ لأنه ليس له حقُّ الأخذ، وقيل: لا يُقطَعُ؛ لأن النقودَ جنسٌ واحدٌ.

قال: (ومَن سَرَقَ عَيْناً، فقُطِعَ فيها، فرَدَّها، ثم عاد، فسَرَقَها وهي بحالِها: لم يُقطَع).

والقياسُ: أن يُقطَعَ، وهو روايةٌ عن أبي يوسف رحمه الله، وهو قولُ الشافعيِّ[٢] رحمه الله.

لقوله عليه الصلاة والسلام: «فإن عاد: فاقطعوه»[٣]، من غير فَصْلٍ.

---

(١) وهو قول الإمام ابن بي ليلىٰ محمد بن عبد الرحمن (ت١٤٨هـ)، فإن عنده له أن يأخذ خلافَ جنسِ حقِّه؛ لوجود المجانسة من حيث المالية، وبه قال الشافعي رحمه الله تعالىٰ. البناية ٣٦/٩.

(٢) روضة الطالبين ١٢١/١٠.

(٣) سنن أبي داود (٤٤١٠)، سنن الدارقطني (٣٣٩٢)، سنن النسائي (٤٩٧٨)، وسيأتي، ينظر الدراية ١١١/٢، التعريف والإخبار ٢٥٣/٣.

فإن تغيَّرَتْ عن حالِها، مثلُ أن يكون غَزْلاً، فسَرَقَه، وقُطِع، فرَدَّه، ثم نُسِجَ، فعاد فسَرَقَه : قُطِعَ.

ولأنَّ الثانيةَ متكامِلةٌ، كالأُولىٰ، بل أقبحُ؛ لتقدُّم الزاجِرِ، وصار كما إذا باعه المالكُ من السارق، ثم اشتراه منه، ثم كانتِ السرقةُ.

ولنا: أن القطعَ أوجب سقوطَ عصمةِ المَحَلِّ، علىٰ ما يُعرَف من بعدُ[1] إن شاء الله تعالىٰ.

وبالردِّ إلىٰ المالك إن عادَتْ حقيقةُ العِصمة: بقِيَتْ شبهةُ السقوط؛ نظراً إلىٰ اتحاد الملكِ والمَحَلِّ، وقيامِ الموجِب، وهو القطعُ فيه.

بخلاف ما ذَكَرَ[2]؛ لأن الملكَ قد اختَلَفَ باختلاف سببه.

ولأن تكرارَ الجنايةِ منه نادرٌ؛ لتحمُّلِه مَشقَّةَ الزاجر، فتَعْرَىٰ الإقامةُ عن المقصود، وهو تقليلُ الجناية، وصار كما إذا قَذَفَ المحدودُ في القَذْف المقذوفَ الأولَ.

قال: (فإن تغيَّرَتْ عن حالِها، مثلُ أن يكون غَزْلاً، فسَرَقَه، وقُطِع، فرَدَّه، ثم نُسِجَ، فعاد فسَرَقَه: قُطِعَ)؛ لأن العينَ قد تبدَّلت، ولهذا يَملكُه الغاصبُ به، وهذا هو علامةُ التبدُّلِ في كلِّ محلٍّ.

وإذا تبدَّلت: انتفتِ الشبهةُ الناشئةُ من اتحاد المَحَلِّ، والقطعِ فيه، فوجب القطعُ ثانياً، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) يأتي قريباً جداً في باب ما يُحدِث السارق في السرقة.

(٢) أي أبو يوسف، وهو قوله: كما إذا باعه المالك من السارق.

فصلٌ
في الحِرْزِ، والأَخْذِ منه

ومَن سَرَقَ من أبويه، أو ولدِه، أو ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه : لم يُقطَع .

فصلٌ
في الحِرْزِ، والأَخْذِ منه

قال: (ومَن سَرَقَ من أبويه، أو ولدِه، أو ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه: لم يُقطَع).

فالأولُ[١]، وهو الوِلادُ: للبُسُوطة في المال، وفي[٢] الدخول في الحِرْز.

والثاني[٣]: للمعنىٰ الثاني[٤].

ولهذا أباحَ الشَّرْعُ النَّظَرَ إلىٰ مواضعِ الزينة الظاهرة منها[٥].

---

(١) وهو السرقة من قرابة الوِلاد: فلا يقطع؛ للبسوطة في المال بين السارق والمسروق منه.

(٢) أي وللبُسُوطة في الدخول في الحرز بدون إذن.

(٣) أي عدم القطع في السرقة من ذي الرحم المحرم.

(٤) وهو كونه يدخل في الحرز بدون الإذن.

(٥) أي من المحارم، كأخته وخالته وعمته، ونحوهم، وفي نُسخ: فيها.
وموضع الزينة هو: اليدُ والشعرُ والعَضُدُ والعُنُق والصدرُ والساقُ. البناية ٩/٤١.

ولو سَرَقَ من بيتِ ذي الرَّحِمِ المَحْرَمِ متاعَ غيرِه : ينبغي أن لا يُقطَعَ.
ولو سَرَقَ مالَه من بيتِ غيرِه : يُقطَعُ.
وإن سَرَقَ من أُمِّه من الرضاع : قُطِعَ.

بخلاف الصَّدِيْقَيْن[1]؛ لأنه عاداه بالسرقة.

وفي الثاني[2]: خلافُ الشافعي[3] رحمه الله؛ لأنه أَلْحَقَها بالقَرابة البعيدة، وقد بيَّنَّاه في العَتَاق[4].

قال: (ولو سَرَقَ من بيتِ ذي الرَّحِمِ المَحْرَمِ متاعَ غيرِه[5]: ينبغي أن لا يُقطَعَ.

ولو سَرَقَ مالَه[6] من بيتِ غيرِه[7]: يُقطَعُ)؛ اعتباراً للحِرْزِ[8]، وعدمِه[9].

قال: (وإن سَرَقَ من أُمِّه من الرضاع: قُطِعَ).

---

(١) متصلٌ بقوله: لم يُقطع، أي لو سرق أحدُ الصديقَيْن من الآخر: قُطِعَ، وهو جوابٌ عن سؤال: إن الإذن بالدخول كما وُجد في المَحارم: وُجِد في الصديقَيْن.

(٢) أي في السرقة من ذي الرحم المَحرم.

(٣) مغني المحتاج ٤/١٦٢.

(٤) في مسألة مَن ملك ذي رحم محرم منه: عتق عليه.

(٥) أي غير ذي الرحم.

(٦) أي مال ذي الرحم المحرم.

(٧) أي غير ذي الرحم المحرم.

(٨) أي في المسألة الثانية، فيُقطع؛ لسرقته من حرز.

(٩) أي وعدم الحرز في المسألة الأولىٰ، فلا يقطع، للبسوطة في الدخول.

وإذا سَرَقَ أحدُ الزوجَيْن من الآخَر، أو العبدُ من سيِّده، أو من امرأةِ سيدِه، أو من زوجِ سيدتِه: لم يُقطَع.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يُقطَعُ؛ لأنه يدخلُ عليها من غير استئذانٍ، وحِشْمةٍ.

بخلاف الأختِ من الرضاعة[١]؛ لانعدام هذا المعنىٰ فيها عادةً.

وجهُ الظاهر: أنه لا قرابةَ، والمَحْرَمِيَّةُ بدونها: لا تُحتَرَم[٢]، كما إذا ثبتت بالزنا والتقبيلِ عن شهوة[٣]، وأقربُ من ذلك[٤]: الأختُ من الرضاعة.

وهذا لأن الرضاع قلَّما يَشتهرُ، فلا بُسُوطةَ؛ تحرُّزاً عن موقف التهمة، بخلاف النسب.

قال: (وإذا سَرَقَ أحدُ الزوجَيْن من الآخَر، أو العبدُ من سيِّده، أو من امرأةِ سيدِه، أو من زوجِ سيدتِه: لم يُقطَع)؛ لوجود الإذن بالدخول عادةً.

وإن سَرَقَ أحدُ الزوجين من حِرْزٍ لآخَرَ خاصةً، لا يسكنان فيه[٥]: فكذلك عندنا[٦].

---

(١) حيث يُقطع إذا سرق منها.

(٢) أي لا تُجعل حرمة قويةً عادةً.

(٣) أي إذا سرق من بيت بنت التي زنىٰ بها: يُقطع مع وجود المحرمية بزنا أمها، وكذلك إذا ثبتت المحرمية بالتقبيل عن شهوة. البناية ٩/٤٢.

(٤) أي من الحرمة الثابتة بالزنا. البناية ٩/٤٢.

(٥) أي لا يسكن فيه الزوجان.

(٦) أي لم يُقطع.

ولو سرق المولىٰ من مكاتَبه : لم يُقطَع ، وكذلك السارقُ من المَغْنَمِ .

والحِرزُ علىٰ نوعَيْن : حِرْزٌ لمعنىً فيه ، كالدُّوْر والبيوتِ ، وحِرْزٌ بالحافظ .

خلافاً للشافعي[١] رحمه الله؛ لبُسُوطةٍ بينهما في الأموال عادةً، ودلالةً، وهو نظيرُ الخلاف في الشهادة[٢].

قال: (ولو سرق المولىٰ من مكاتَبه: لم يُقطَع)؛ لأن له في أَكْسابه حقاً.

(وكذلك السارقُ من المَغْنَمِ)؛ لأن له فيه نصيباً.

وهو مأثورٌ عن عليٍّ[٣] رضي الله تعالىٰ عنه؛ دَرْءاً، وتعليلاً.

قال: (والحِرزُ علىٰ نوعَيْن: حِرْزٌ لمعنىً فيه، كالدُّوْر والبيوتِ، وحِرْزٌ بالحافظ).

---

(١) إن سرق من غير محرز: فلا قطع، وإن محرزاً ففيه ثلاثة أقوال: يقطع، وهو الراجح عندهم، والثاني: لا يقطع، والثالث: يقطع الزوج إن سرق، لا الزوجة إن سرقت. المهذب ٢/٣٦٢، كفاية الأخيار (ط الشاملة) ١/٤٨٦.

(٢) حيث لا تُقبل شهادةُ أحدِهما في حقِّ الآخر؛ لاتصال المنافع بينهما عادةً، وعنده: تُقبل في أحد قوليه. البناية ٩/٤٣.

(٣) موقوفاً في مصنف ابن أبي شيبة (٢٨٥٦٧)، حيث روي أنه أُتِيَ برجل قد سرق من المَغنم، فدرأ عنه الحدَّ، وقال: إن له فيه نصيباً.

وفي الباب حديثٌ مرفوع أخرجه ابن ماجه (٢٥٩٠) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن عبداً من رقيق الخُمُس سرق من الخُمُس، فرُفع إلىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم: فلم يقطعه، وقال: «مالُ الله سرق بعضُه بعضاً»، وإسناده ضعيفٌ، كما في التعريف والإخبار ٣/٢٤٧.

. . . .

قال العبدُ الضعيف: الحِرْزُ لا بدَّ منه[١]؛ لأن الاستسرارَ لا يتحقَّق دونه.

ثم هو قد يكون بالمكان، وهو المكانُ المُعَدُّ لإحراز الأمتعة وحفظها، كالدُّوْرِ والبيوت، والصندوقِ، والحانوت.

وقد يكون بالحافظ، كمَن جَلَسَ في الطريق، أو في المسجد، وعنده متاعُه: فهو مُحرَزٌ به.

وقد قَطَعَ رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم مَن سَرَقَ رِداءَ صفوانَ بنِ أُميَّةَ رضي الله عنه من تحت رأسه، وهو نائمٌ في المسجد[٢].

وفي المُحْرَز بالمكان: لا يُعتبرُ الإحرازُ بالحافظ، هو الصحيحُ؛ لأنه مُحرَزٌ بدونه، وهو البيتُ[٣] وإن لم يكن له بابٌ، أو كان وهو مفتوحٌ، حتىٰ يُقطعُ السارقُ منه؛ لأن البناءَ لقصد الإحراز، إلا أنه لا يجبُ القطعُ إلا بالإخراج منه؛ لقيام يدِه فيه قَبْلَه.

بخلاف المُحْرَز بالحافظ، حيث يجبُ القطعُ فيه كما أَخَذَه؛ لزوال يدِ المالكِ بمجرَّدِ الأخذ، فتَتِمُّ السرقةُ.

---

(١) في تحقق السرقة، ووجوب القطع.

(٢) سنن أبي داود (٤٣٩٤)، سنن ابن ماجه (٢٥٩٥)، سنن النسائي ٦٩/٨، وينظر نصب الراية ٣٦٨/٣ ونقل عن صاحب التنقيح أنه حديث صحيح، التعريف والإخبار ٢٤٠/٣.

(٣) أي مَثلاً.

ومَن سرق شيئاً من حِرْزٍ، أو من غير حِرزٍ وصاحبُه عندَه يحفظُه : قُطِعَ.

ولا قَطْعَ علىٰ مَن سَرَقَ من حَمَّامٍ، أو من بيتٍ أُذِنَ للناس في دخولِه.

ومَن سَرَقَ من المسجدِ متاعاً وصاحبُه عنده : قُطِعَ.

ولا فَرْقَ بين أن يكونَ الحافظُ مستيقظاً أو نائماً، والمتاعُ تحتَه، أو عندَه، هو الصحيحُ؛ لأنه يُعَدُّ النائمُ عند متاعِه: حافِظاً له في العادة.

وعلىٰ هذا: لا يضمنُ المودَعُ[(١)].

والمستعيرُ: بمثله؛ لأنه ليس بتضييعٍ، بخلاف ما اختاره في الفتاوىٰ[(٢)].

قال: (ومَن سرق شيئاً من حِرْزٍ، أو من غير حِرزٍ وصاحبُه عندَه يحفظُه: قُطِعَ)؛ لأنه سَرَقَ مالاً مُحْرَزاً بأحد الحِرْزَيْن.

قال: (ولا قَطْعَ علىٰ مَن سَرَقَ من حَمَّامٍ، أو من بيتٍ أُذِنَ للناس في دخولِه)؛ لوجود الإذن عادةً، أو حقيقةً في الدخول، فاختَلَّ الحِرزُ.

ويدخلُ في ذلك: حوانيتُ التجار والخاناتُ، إلا إذا سَرَقَ منها ليلاً؛ لأنها بُنيتْ لإحراز الأموال، وإنما الإذنُ يَختصُّ بالنهار.

قال: (ومَن سَرَقَ من المسجدِ متاعاً وصاحبُه عنده: قُطِعَ)؛ لأنه مُحرَزٌ بالحافظ؛ لأن المسجدَ ما بُنِيَ لإحراز الأموال، فلم يكنِ المالُ محرَزاً بالمكان.

---

(١) يعني إذا نام وعنده الوديعة.

(٢) أطلق اسم الفتاوىٰ، ولم يبيِّن صاحبَها، أو أنه أراد المختار من الفتاوىٰ.

ولا قَطْعَ علىٰ الضيفِ إذا سَرَقَ ممن أضافه.

ومَن سرق سرقةً، فلم يُخرِجْها من الدار: لم يُقطَع.

فإن كانت داراً فيها مَقاصِيْرُ، فأخرجها من مَقْصورةٍ إلىٰ صَحْنِ الدار: قُطِعَ.

بخلاف الحَمَّام، والبيتِ الذي أُذِنَ للناس في دخوله؛ حيث لا يُقطعُ؛ لأنه بُنِيَ للإحراز، فكان المَكانُ حِرزاً، فلا يُعتبرُ الإحرازُ بالحافظ.

قال: (ولا قَطْعَ علىٰ الضيفِ إذا سَرَقَ ممن أضافه)؛ لأن البيتَ لم يَبْقَ حِرْزاً في حقِّه؛ لكونه مأذوناً في دخوله.

ولأنه بمنزلة أهلِ الدار، فيكون فِعْلُه خيانةً، لا سرقةً.

قال: (ومَن سرق سرقةً، فلم يُخرِجْها من الدار: لم يُقطَع)؛ لأن الدارَ كلَّها حِرْزٌ واحدٌ، فلا بدَّ من الإخراج منها.

ولأن الدارَ وما فيها: في يدِ صاحبها معنىً، فتتمكَّنُ شبهةُ عدمِ الأخذ.

قال: (فإن كانت داراً[١] فيها مَقاصِيْرُ[٢]، فأخرجها[٣] من مَقْصورةٍ إلىٰ صَحْنِ الدار: قُطِع)؛ لأن كلَّ مقصورةٍ باعتبار ساكنِها: حِرْزٌ علىٰ حِدَةٍ.

---

(١) وفي نُسخ: دارٌ. والمراد: دارٌ مشتركة فيها حجراتٌ وبيوتٌ يسكن في كلٍّ منها شخصٌ.

(٢) أي حجرات وبيوت.

(٣) أي السرقة، وأراد بها الشيء المسروقُ مجازاً.

وإن أغار إنسانٌ من أهل المَقاصِيْرِ علىٰ مَقْصورةٍ، فَسَرَق منها: قُطِعَ.

وإذا نَقَبَ اللِّصُّ البيتَ، فدخل، وأَخَذَ المالَ، وناولَه آخَرَ خارجَ البيت: فلا قَطْعَ عليهما.

وإن ألقاه في الطريق، وخَرَجَ، فأخذه: قُطِعَ.

قال: (وإن أغار[1] إنسانٌ من أهل المَقاصِيْرِ علىٰ مَقْصورةٍ، فَسَرَق منها: قُطِعَ)؛ لِمَا بيَّنَّا.

قال: (وإذا نَقَبَ اللِّصُّ البيتَ، فدخل، وأَخَذَ المالَ، وناولَه آخَرَ خارجَ البيت: فلا قَطْعَ عليهما)؛ لأن الأولَ لم يوجد منه الإخراجُ؛ لاعتراض يدٍ معتبرةٍ علىٰ المال قبلَ خروجه، والثاني: لم يوجد منه هَتْكُ الحِرزِ، فلم تَتِمَّ السرقةُ من كلٍّ واحد منهما.

وعن أبي يوسف رحمه الله: إن أخرجَ الداخلُ يدَه، وناولها الخارجَ: فالقطعُ علىٰ الداخل.

وإن أدخل الخارجُ يدَه، فتناولها من يدِ الداخل: فعليهما القطعُ، وهي بناءٌ علىٰ مسألةٍ تأتي بعدَ هذا، إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (وإن ألقاه في الطريق، وخَرَجَ، فأخذه: قُطِعَ).

وقال زفر رحمه الله: لا يُقطَعُ؛ لأن الإلقاءَ غيرُ موجِبٍ للقطع، كما لو خَرَجَ، ولم يأخذ.

---

(١) الإغارة: الأخذ بسرعة مجاهرةً مكابرةً. البناية ٩/٤٩.

وكذلك إن حَمَلَه علىٰ حِمارٍ، فسَاقَه، وأخرجه.

وإذا دَخَلَ الحِرْزَ جماعةٌ، فتولَّىٰ بعضُهم الأخذَ: قُطِعوا جميعاً.

قال العبد الضعيف رحمه الله: هذا استحسانٌ، والقياسُ: أن يُقطعَ الحاملُ وحدَه.

وكذا الأخذُ من السِّكَّة، كما لو أَخَذَه غيرُه[1].

ولنا: أن الرميَ حِيلةٌ يعتادُها السُّرَّاقُ؛ لتعذُّر الخروج مع المتاع، أو ليتفرَّغَ لقتال صاحبِ الدار، أو للفِرار، ولم تَعترضْ عليه يدٌ معتبرةٌ، فاعتُبر الكلُّ فِعْلاً واحداً، فإذا خَرَجَ، ولم يأخُذْه: فهو مُضَيِّعٌ، لا سارقٌ.

قال: (وكذلك إن حَمَلَه علىٰ حِمارٍ، فسَاقَه، وأخرجه)؛ لأن سَيْرَه مضافٌ إليه؛ لسَوْقه.

قال: (وإذا دَخَلَ الحِرْزَ جماعةٌ، فتولَّىٰ بعضُهم الأخذَ: قُطِعوا جميعاً.

قال العبد الضعيف رحمه الله: هذا استحسانٌ، والقياسُ: أن يُقطعَ الحاملُ وحدَه)، وهو قولُ زفر رحمه الله؛ لأن الإخراجَ وُجِدَ منه، فتمَّتِ السرقةُ به.

ولنا: أن الإخراجَ: من الكلِّ معنىً؛ للمعاوَنة، كما في السرقة الكبرىٰ، وهذا لأن المعتادَ فيما بينهم: أن يَحمِلَ البعضُ المتاعَ، ويتشمَّرَ الباقون للدفع، فلو امتنع القطعُ: أدَّىٰ إلىٰ سَدِّ بابِ الحَدِّ.

---

(١) أي من السكة.

ومَن نَقَبَ البيتَ، وأدخل يدَه فيه، وأَخَذَ شيئاً: لم يُقطَع.

وإن طَرَّ صُرَّةً خارجةً من الكُمِّ: لم يُقطَع.

قال: (ومَن نَقَبَ البيتَ، وأدخل يدَه فيه، وأَخَذَ شيئاً: لم يُقطَع).

وعن أبي يوسف رحمه الله في «الإملاء[١]»: أنه يُقطَعُ؛ لأنه أخرج المالَ من الحِرْزِ، وهو المقصودُ، فلا يُشترَطُ الدخولُ فيه، كما إذا أدخل يدَه في صندوق الصَّيْرفيِّ، فأخرجَ[٢] الغِطْرِيفيَّ[٣].

ولنا: أن هَتْكَ الحِرْزِ يُشترَطُ فيه الكمالُ؛ تحرُّزاً عن شبهةِ العدم، والكمالُ: في الدخولِ[٤]، وقد أمكن اعتبارُه، والدخولُ هو المعتادُ.

بخلاف الصندوق؛ لأن الممكنَ فيه إدخالُ اليد، دونَ الدخول.

وبخلاف ما تقدَّم من حَمْل البعضِ المتاعَ: لأن ذلك هو المعتادُ.

قال: (وإن طَرَّ[٥] صُرَّةً[٦] خارجةً من الكُمِّ: لم يُقطَع.

---

(١) كتاب: «الإملاء» لأبي يوسف: رواه بشر بن الوليد القاضي، يحتوي على ستة وثلاثين كتاباً، مما فرَّعه أبو يوسف رحمه الله، كما ذكر هذا ابن النديم في الفهرست ٢٥٣/١، وينظر حُسْنُ التقاضي، للكوثري ص٣٣.

(٢) وفي نُسخ: وأخذ، وفي نُسخ زِيْدَ قوله: كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فأخرج الغِطريفي، أو في جيب غيره، أو في كُمِّه، فأخذ المالَ: قُطِع: وجُعل من المتن.

(٣) أي الدرهم، وهو درهمٌ منسوبٌ لغطريف بن عطاء الكندي، أمير خراسان، أيام الرشيد رحمهما الله، والدراهم الغطريفية: من أعزِّ النقود ببخارىٰ. البناية ٥٢/٩.

(٤) أي في هتك الحرز.

(٥) الطَّرُّ: الشقُّ والقطع.

(٦) الصُّرة: هي الهميان، والمراد من الصرة هنا: نفسُ الكُمِّ المشدود الدراهم، =

وإن أَدخَلَ يدَه في الكُمِّ: قُطِع.

وإن سرق من القطار بعيراً، أو حِمْلاً: لم يُقطَع.

وإن أَدخَلَ يدَه في الكُمِّ: قُطِع)؛ لأنَّ في الوجه[1] الأول: الرِّباطَ من خارجٍ، فبالطَّرِّ: يتحقَّقُ الأخذُ من الظاهر، فلا يوجَدُ هَتْكُ الحرز.

وفي الثاني: الرِّباطُ من داخلٍ، فبالطَّرِّ: يتحقَّقُ الأخذُ من الحِرزِ، وهو الكُمُّ.

ولو كان مكانَ الطَّرِّ: حَلُّ الرِّباطَ، ثم الأخذُ في الوجهَيْن: ينعكسُ الجوابُ؛ لانعكاس العلة.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يُقطَعُ على كلِّ حالٍ؛ لأنه محرَزٌ إما بالكُمِّ، أو بصاحبه.

قلنا: الحرزُ: هو الكمُّ؛ لأنه يعتمدُه، وإنما قَصْدُه قَطْعُ المسافة أو الاستراحة، فأشبه الجُوَالِق[2].

قال: (وإن سرق من القطار بعيراً، أو حِمْلاً: لم يُقطَع)؛ لأنه ليس بمُحرَزٍ مقصوداً، فتتمكَّن شبهةُ العدم.

وهذا لأن السائقَ والقائدَ والراكبَ يقصدون قَطْعَ المسافةِ، ونَقْلَ الأمتعة، دون الحفظ.

وقيل: الصرة هي: وعاء الدراهم. البناية ٩/٥٣.

(١) وفي نُسخ: الفصل.

(٢) بضم الجيم، وهو مفرد: الجَوالق: بفتح الجيم، أي الوعاء. البناية ٩/٥٤.

وإن شَقَّ الحِمْلَ، وأَخَذَ منه : قُطِعَ.

وإن سَرَقَ جُوَالَقاً فيه متاعٌ، وصاحبُه عنده يحفَظُه، أو نائمٌ عليه : قُطِعَ.

حتىٰ لو كان مع الأحمال مَن يَتبعُها للحفظ: قالوا: يُقطع.

قال: (وإن شَقَّ الحِمْلَ، وأَخَذَ منه: قُطِعَ)؛ لأن الجُوالَقَ في مثل هذا: حِرْزٌ؛ لأنه يُقصَدُ بوضع الأمتعة فيه صيانتُها، كالكُمِّ، فوُجِدَ الأخذُ من الحرز، فيُقطَعُ.

قال: (وإن سَرَقَ جُوَالَقاً فيه متاعٌ، وصاحبُه عنده يحفَظُه، أو نائمٌ عليه: قُطِعَ)، ومعناه: إذا كان الجُوَالِقُ في موضعٍ هو ليس بحِرْزٍ، كالطريق ونحوه، حتىٰ يكونَ محرَزاً بصاحبه؛ لكونه مترصِّداً لحفظِه.

وهذا لأن المعتبرَ هو الحفظُ المعتادُ، والجلوسُ عنده، والنومُ عليه: يُعَدُّ حفظاً عادةً.

وكذا النومُ بقُرْبٍ منه، علىٰ ما اخترناه مِن قَبْل.

وذُكِرَ في بعضِ النُّسَخ[١]: وصاحبُه نائمٌ عليه، أو بحيثُ يكونُ حافظاً له: وهذا يؤكِّد ما قدَّمناه من القول المختار، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي نُسَخ الجامع الصغير. البناية ٩/٥٥.

فصلٌ

في كيفية القطع، وإثباتِه

وتُقطَعُ يمينُ السارِقِ من الزَّنْدِ، وتُحْسَمُ.

فصلٌ

في كيفية القطع، وإثباتِه

قال: (وتُقطَعُ يمينُ السارِقِ من الزَّنْدِ، وتُحْسَمُ).

فالقطعُ: لِمَا تلوناه[1] من قبلُ.

واليمينُ: بقراءة عبدِ الله بن مسعودٍ رضي الله عنه[2].

ومِن الزَّنْد: لأن الاسمَ يتناولُ اليدَ إلىٰ الإبْطِ، وهذا المَفْصِلُ، أعني الرُّسْغَ: مُتَيقَّنٌ به.

كيف وقد صحَّ أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام أمَرَ بقطع يدِ السارقِ من الزَّنْد[3].

---

(١) أي قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ...﴾. المائدة/٣٨.

(٢) وهي: فاقطعوا أيمانهما، وهي قراءةٌ مشهورةٌ، جازت الزيادة بها علىٰ الكتاب. البناية ٩/٥٦، وقد أخرجها عنه الكرخيُّ في مختصره، كما في التعريف والإخبار ٣/٢٤٨، والبيهقي في السنن الصغير (٢٦٢٣)، وفي السند كلامٌ.

(٣) سنن الدارقطني ٣/٢٠٤، وضعَّفه ابن القطان، سنن البيهقي ٨/٢٧١، وينظر نصب الراية ٣/٣٧٠، البدر المنير ٢٠/٣٧٣، التلخيص الحبير ٤/٢٩.

فإن سرق ثانياً : قُطِعت رِجْلُه اليسرىٰ .

فإن سَرَقَ ثالثاً : لم يُقطَع ، وخُلِّدَ في السجنِ حتىٰ يتوبَ .

والحَسْمُ: لقوله عليه الصلاة والسلام: «فاقطَعوه، واحسِمُوه»[(١)].

ولأنه لو لم يُحْسَم: يُفضِي إلىٰ التلف، والحدُّ زاجِرٌ، لا مُتْلِفٌ.

قال: (فإن سرق ثانياً: قُطِعت رِجْلُه اليسرىٰ.

فإن سَرَقَ ثالثاً: لم يُقطَع، وخُلِّدَ في السجنِ حتىٰ يتوبَ[(٢)])، وهذا استحسانٌ.

ويُعزَّرُ أيضاً، ذَكَرَه المشايخُ رحمهم الله تعالىٰ.

وقال الشافعي[(٣)] رحمه الله: في الثالثة: تُقطَعُ يدُه اليسرىٰ.

وفي الرابعة: تُقطَع رِجْلُه اليمنىٰ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن سرق: فاقطعوه، فإن عاد: فاقطعوه، فإن عاد: فاقطعوه، فإن عاد: فاقطعوه»[(٤)].

ويُروىٰ[(٥)] مفسَّراً، كما هو مذهبُه.

---

(١) سنن الدارقطني (٣١٦٤)، مسند البزار (٨٢٥٩)، المستدرك (٨١٥٠)، وقال: صحيحٌ علىٰ شرط مسلم، نصب الراية ٣/٣٧١.

(٢) وفي بداية المبتدي ص٣٦٣ زيادة: حتىٰ يتوب، أو يموت.

(٣) مغني المحتاج ٤/١٧٨.

(٤) تقدم، وهو في سنن أبي داود (٤٤١٠)، سنن الدارقطني (٣٣٩٢)، سنن النسائي (٤٩٧٨)، وسيأتي، ينظر الدراية ٢/١١١، التعريف والإخبار ٣/٢٥٣.

(٥) أي يُروىٰ هذا الحديث وفيه بيان العقوبة في المرات الأربع في عَوْده للسرقة، والتي أخذ بها الإمام الشافعي كما هو تفصيل مذهبه.

. . . .

ولأن الجنايةَ الثالثةَ: مثلُ الأُولىٰ في كونها جنايةً، بل فوقَها، فتكونُ أدعىٰ إلىٰ شرْعِ الحَدِّ.

ولنا: قولُ عليٍّ رضي الله عنه فيه: «إني لأستحيي من الله تعالىٰ أن لا أَدَعَ له يداً يأكلُ بها، ويَستنجيَ بها، ورِجلاً يمشي عليها»[١].

وبهذا حاجَّ[٢] بقيةَ الصحابةِ رضي الله عنهم[٣]، فحَجَّهم، فانعقد إجماعاً.

ولأنه إهلاكٌ معنىً؛ لِمَا فيه من تفويتِ جنسِ المنفعة، والحَدُّ زاجِرٌ.

ولأنه نادرُ الوجود، والزجرُ: فيما يَغلِب وقوعُه.

بخلاف القصاص؛ لأنه حقُّ العبد، فيُستوفَىٰ ما أمكن؛ جَبْراً لِحَقِّه.

والحديثُ[٤] طَعَنَ فيه الطحاويُّ[٥] رحمه الله، أو نحمِلُه علىٰ السياسة.

---

(١) الآثار لمحمد بن الحسن، كما في نصب الراية ٣/٣٧٤، سنن الدارقطني (٣١٦٦)، مصنف عبد الرزاق (١٨٧٦٤).

(٢) أي عليٌّ رضي الله عنه.

(٣) ينظر الدراية ٢/١١٢، وقد ذكر قصة في محاججة علي لعمر رضي الله عنه بإسناد صحيح عند البيهقي ٨/٢٧٤، وأخرىٰ مع الصحابة مطلقاً في سنن سعيد بن منصور، وفي سندها ضعيفٌ.

(٤) أي الذي استدل به الإمام الشافعي رحمه الله.

(٥) قال العلامة قاسم في التعريف والإخبار ٣/٢٥٤: قال مخرِّجو الهداية: لم نقف علىٰ طعن الطحاوي. اهـ، ثم نقل عن سبط ابن الجوزي في كتابه: «إيثار الإنصاف» أن الطحاوي قال: حفظنا الأحاديث وتتبَّعنا الحفَّاظ: فلم نعرفه. اهـ

وإذا كان السارقُ أشلَّ اليدِ اليسرىٰ، أو أقطعَ، أو مقطوعَ الرِّجْل اليمنىٰ : لم يُقطَع.

وكذلك إن كانت إبهامُه اليسرىٰ مقطوعةً، أو شلاَّءَ، أو الأصبعان منها سوىٰ الإبهام مقطوعةً.

فإن كانت أصبعٌ واحدةٌ سوىٰ الإبهام مقطوعةً، أو شلاَّءَ : قُطع.

وإذا قال الحاكمُ للحَدَّاد : اقطَعْ يمينَ هذا، في سرقةٍ سَرَقَها، فقَطَعَ يسارَه، عمداً أو خطأً : فلا شيءَ عليه عند أبي حنيفة رحمه الله.

قال: (وإذا كان السارقُ أشلَّ اليدِ اليسرىٰ، أو أقطعَ، أو مقطوعَ الرِّجْل اليمنىٰ: لم يُقطَع)؛ لأن فيه تفويتَ جنسِ المنفعة بَطْشاً، أو مَشْياً.

وكذا إذا كانت رِجْلُه اليمنىٰ شلاَّءَ؛ لِمَا قلنا.

قال: (وكذلك[1] إن كانت إبهامُه اليسرىٰ مقطوعةً، أو شلاَّءَ، أو الأصبعان منها سوىٰ الإبهام مقطوعةً)؛ لأن قِوَام البطش: بالإبهام.

قال: (فإن كانت أصبعٌ واحدةٌ سوىٰ الإبهام مقطوعةً، أو شلاَّءَ: قُطع)؛ لأن فَوْتَ الواحدةِ: لا يوجِبُ خَلَلاً ظاهراً في البَطْش.

بخلاف فَوْتِ الأصبعَيْن؛ لأنهما يَنْزِلان منزلةَ الإبهامِ في نُقصان البَطْش.

قال: (وإذا قال الحاكمُ للحَدَّاد: اقطَعْ يمينَ هذا، في سرقةٍ سَرَقَها، فقَطَعَ يسارَه، عمداً أو خطأً: فلا شيءَ عليه عند أبي حنيفة رحمه الله.

---

(١) أي لم يُقطع.

وقالا: لا شيءَ عليه في الخطأ، ويَضمَنُ في العمد.

وقالا: لا شيءَ عليه في الخطأ، ويَضمَنُ في العمد).

وقال زفر رحمه الله: يضمنُ في الخطأ أيضاً، وهو القياس.

والمرادُ بالخطأ: هو الخطأُ في الاجتهاد.

وأما الخطأُ في معرفة اليمين واليسار: لا يُجعَلُ عفواً، وقيل: يُجعَلُ عذراً أيضاً.

لزفر رحمه الله: أنه قَطَعَ يداً معصومةً، والخطأُ في حقِّ العباد: غيرُ موضوعٍ، فيضمنُها.

قلنا: إنه أخطأ في اجتهاده، إذْ ليس في النصِّ تعيينُ اليمين، والخطأُ في الاجتهادِ موضوعٌ[1].

ولهما: أنه قَطَعَ طَرَفاً معصوماً بغير حَقٍّ، ولا تأويلَ له؛ لأنه تعمَّدَ الظلمَ، فلا يُعفَىٰ وإن كان في المُجتَهَدات، وكان ينبغي أن يجبَ القصاصُ، إلا أنه امتنع للشُّبهة.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنه أتلف، وأَخْلَفَ من جنسِه ما هو خيرٌ منه، فلا يُعدُّ إتلافاً، كمَن شَهِدَ علىٰ غيرِه ببيع مالِه بمثل قيمتِه، ثم رجع.

وعلىٰ هذا: لو قَطَعَه غيرُ الحَدَّاد: لا يضمنُ أيضاً، هو الصحيحُ.

ولو أخرج السارقُ يسارَه، وقال هذه يميني: لا يضمنُ، بالاتفاق؛ لأنه قَطَعَه بأمره.

---

(١) وفي نُسخ: عَفْوٌ.

ولا يُقطَعُ السارقُ إلا أن يَحضُرَ المسروقُ منه، فيُطالِبَ بالسرقة.
وللمستودَعِ، والغاصبِ، وصاحبِ الرِّبا أن يقطعوا السارقَ. . . . . . .

ثم في العمد عنده[١]: عليه ضمانُ المال؛ لأنه لم يقع حدًّا.

وفي الخطأ: كذلك علىٰ هذه الطريقة، وعلىٰ طريقة الاجتهاد: لا يضمن.

قال: (ولا يُقطَعُ السارقُ إلا أن يَحضُرَ المسروقُ منه، فيُطالِبَ بالسرقة)؛ لأن[٢] الخصومةَ شَرْطٌ لظهورها.

ولا فَرْقَ بين الشهادة[٣]، والإقرار عندنا.

خلافاً للشافعي[٤] رحمه الله في الإقرار.

لأن[٥] الجنايةَ علىٰ مال الغير: لا تَظهرُ إلا بخصومته[٦].

وكذا إذا غابَ عند القَطْعِ عندنا؛ لأن الاستيفاءَ: من القضاءِ في باب الحدود.

قال: (وللمستودَعِ، والغاصبِ، وصاحبِ الرِّبا أن يقطعوا السارقَ[٧]

---

(١) أي عند أبي حنيفة رحمه الله يكون علىٰ السارق ضمان المال.
(٢) هذا تعليلٌ لاشتراط الحضور.
(٣) أي ثبوت السرقة بالبينة والشهود، وأما الإقرار: فأن يُقر السارق.
(٤) الحاوي الكبير ١٣/ ٣٣٢.
(٥) هذا تعليلٌ لعدم التفرقة بين الإقرار والشهادة. البناية ٩/ ٧١.
(٦) أي خصومة صاحب المال.
(٧) وفي نُسخ: السُّرَّاق.

منهم، ولربِّ الوديعة أن يَقطعَه أيضاً، وكذا للمَغصوبُ منه.

منهم، ولربِّ الوديعة أن يَقطعَه أيضاً، وكذا للمَغصوبُ منه).

وقال زفر والشافعي[1] رحمهما الله: لا يُقطَعُ بخصومة الغاصبِ والمستودَع.

وعلىٰ هذا الخلاف: المستعيرُ، والمستأجِرُ، والمضارِبُ، والمستبضِعُ، والقابِضُ علىٰ سَوْمِ الشراء، والمرتهنُ، وكلُّ مَن له يدٌ حافظةٌ، سوىٰ المالك.

ويُقطَعُ بخصومة المالكِ في السرقة من هؤلاء، إلا أن الراهنَ إنما يُقطَعُ بخصومته حالَ قيامِ الرهنِ بعد قضاءِ الدَّيْن[2]؛ لأنه لا حَقَّ له في المطالبةِ بالعَيْن بدونه[3].

والشافعيُّ رحمه الله بَنَاه علىٰ أصله: أنْ لا خصومةَ لهؤلاء في الاسترداد عنده.

وزفر رحمه الله يقول: ولايةُ الخصومةِ في حَقِّ الاسترداد: ضرورةَ الحفظ، فلا تَظهَرُ في حَقِّ القطع؛ لأن فيه تفويتَ الصيانة.

ولنا: أن السرقةَ موجِبَةٌ للقطع في نفسها، وقد ظهرت عند القاضي بحجةٍ شرعيةٍ، وهي شهادةُ رجلَيْن عَقِيْبَ خصومةٍ معتبرةٍ مطلقاً، إذِ الاعتبارِ لحاجتهم إلىٰ الاسترداد، فيُستوفَىٰ القطعُ.

---

(١) مغني المحتاج ١٧٠/٤.

(٢) هكذا: بعد قضاء الدين: نَقَلَ الشُرَّاحُ تصحيحَ النص هكذا عن ابن المصنِّف عن نسخة المصنِّف، وجاء خطأً في نُسخ كثيرة بزيادة: أو بعده. البناية ٧٢/٩.

(٣) أي بدون قيام الرهن، وقيل: الضمير يعود إلىٰ قضاء الدين، وبيَّن في البناية ٧٣/٩، أن كلا الأمرين مشترَطٌ في جواز القطع بخصومة الراهن.

وإن قُطِعَ سارقٌ بسرقةٍ، فسُرِقَت منه: لم يكن له، ولا لربِّ السرقة أن يَقطعَ السارقَ الثاني.

ولو سَرَقَ الثاني قبلَ أن يُقطَعَ الأولُ، أو بعد ما دُرِئَ الحَدُّ بشُبهةٍ: يُقطعَ بخصومة الأول.

والمقصودُ من الخصومة: إحياءُ حَقِّه، وسقوطُ العصمةِ؛ ضرورةَ الاستيفاءِ، فلم يُعتبر.

ولا معتبرَ بشبهةٍ موهومةِ الاعتراضِ، كما إذا حَضَرَ المالكُ، وغاب المؤتَمَنُ: فإنه يُقطَعُ بخصومته، في ظاهر الرواية وإن كانت شبهةُ الإذن في دخول الحِرز ثابتةً.

قال: (وإن قُطِعَ سارقٌ بسرقةٍ، فسُرِقَت منه: لم يكن له، ولا لربِّ السرقة أن يَقطعَ السارقَ الثاني)؛ لأن المالَ غيرُ متقوِّمٍ[1] في حَقِّ السارق[2]، حتىٰ لا يجبُ عليه الضمانُ بالهلاك، فلم تنعقدْ موجِبةً في نفسها.

وللأول ولايةُ الخصومةِ في حقِّ الاسترداد، في روايةٍ؛ لحاجتِه، إذِ الرَدُّ واجبٌ عليه.

قال: (ولو سَرَقَ الثاني قبلَ أن يُقطَعَ الأولُ، أو بعد ما دُرِئَ الحَدُّ[3] بشُبهةٍ: يُقطعَ بخصومة الأول)؛ لأن سقوطَ التقوُّم: ضرورةَ القطع، ولم يوجد، فصار كالغاصب.

---

(١) أي غير معصوم. حاشية نسخة ٦٤٤هـ.

(٢) أي الأول.

(٣) وفي نُسخ: القطعُ.

ومَن سَرَقَ سرقةً، فردَّها علىٰ المالكِ قبلَ الارتفاعِ إلىٰ الحاكم: لم يُقطَع؛ استحساناً.

وإذا قُضِيَ علىٰ رجلٍ بالقطع في سرقةٍ، فوُهِبَتْ له: لم يُقطَعْ.

وكذلك إذا باعَهَا المالكُ إياه.

قال: (ومَن سَرَقَ سرقةً، فردَّها علىٰ المالكِ قبلَ الارتفاعِ إلىٰ الحاكم: لم يُقطَع؛ استحساناً).

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يُقطَعُ؛ اعتباراً بما إذا رَدَّه بعد المرافعة.

وجهُ الظاهر: أن الخصومةَ شَرْطٌ لظهور السرقة؛ لأن البينةَ إنما جُعلت حجةً؛ ضرورةَ قَطْعِ المنازعة، وقد انقطعتِ الخصومةُ.

بخلاف ما بعد المرافعة؛ لانتهاءِ الخصومةِ؛ بحصولِ مقصودِها، فتبقىٰ تقديراً.

قال: (وإذا قُضِيَ علىٰ رجلٍ بالقطع في سرقةٍ، فوُهِبَتْ له: لم يُقطَعْ)، معناه: إذا سُلِّمتْ إليه.

قال: (وكذلك إذا باعَهَا المالكُ إياه).

وقال زفرُ والشافعي[1] رحمهما الله: يُقطَعُ، وهو روايةٌ عن أبي يوسف رحمه الله؛ لأن السرقةَ قد تمَّتِ انعقاداً، وظهوراً، وبهذا العارضِ لا يتبيَّن قيامُ الملكِ وقتَ السرقة، فلا شبهةَ.

---

(١) الأم ٦/ ١٦٠.

وكذلك إذا نَقَصَتْ قيمتُها من النصاب.

وإذا ادعىٰ السارقُ أن العينَ المسروقةَ مِلْكُه: سَقَطَ القطعُ عنه وإن لم يُقِمْ بيِّنةً.

ولنا: أن الإمضاءَ: من القضاء في هذا الباب؛ لوقوعِ الاستغناءِ عنه بالاستيفاء، إذِ القضاءُ: للإظهار، والقطعُ حَقُّ الله تعالىٰ، وهو ظاهرٌ عنده.

وإذا كان كذلك: يُشترَطُ قيامُ الخصومة عند الاستيفاء، وصار كما إذا مَلَّكَها منه قبلَ القضاء.

قال: (وكذلك إذا نَقَصَتْ قيمتُها من النصاب)، يعني قبلَ الاستيفاء بعد القضاء.

وعن محمدٍ رحمه الله: أنه يُقطَعُ، وهو قولُ زفرَ والشافعيِّ[1] رحمهما الله؛ اعتباراً بالنقصان في العين.

ولنا: أن كمالَ النصابِ لَمَّا كان شَرْطاً: يُشترَطُ فيه قيامُه عند الإمضاء؛ لِمَا ذكرنا.

بخلاف النقصانِ في العين؛ لأنه مضمونٌ عليه، فكمُلَ النصابُ عَيْناً ودَيْناً، كما إذا استُهلِكَ كلُّه[2]، أما نقصانُ السعر: فغيرُ مضمونٍ، فافترقا.

قال: (وإذا ادعىٰ السارقُ أن العينَ المسروقةَ مِلْكُه: سَقَطَ القطعُ عنه وإن لم يُقِمْ بيِّنةً)، معناه: بعد ما شَهِدَ الشاهدان بالسرقة.

---

(١) أسنىٰ المطالب ٤/١٤٨.

(٢) وفي نُسخ: استهلكه كلَّه.

وإذا أقرَّ رجلان بسرقةٍ، ثم قال أحدُهما: هو مالي: لم يُقطَعَا.

فإن سرَقَا، ثم غاب أحدُهما، وشَهِدَ الشاهدان علىٰ سرقتهما: قُطِعَ الآخَرُ في قول أبي حنيفة رحمه الله الآخِرِ، وهو قولُهما.

وقال الشافعي[1] رحمه الله: لا يسقطُ بمجرد الدعوىٰ؛ لأنه لا يَعجِزُ عنه سارقٌ، فيؤدِّي إلىٰ سَدِّ بابِ الحَدِّ.

ولنا: أن الشبهةَ دارئةٌ، وتتحقَّقُ بمجرَّدِ الدعوىٰ؛ للاحتمال.

ولا معتبرَ بما قال[2]، بدليل صحةِ الرجوع بعد الإقرار.

قال: (وإذا أقرَّ رجلان بسرقةٍ، ثم قال أحدُهما: هو مالي: لم يُقطَعَا)؛ لأن الرجوعَ عامِلٌ في حَقِّ الراجع، ومُورِثٌ للشبهة في حَقِّ الآخَر؛ لأن السرقةَ تَثبتُ بإقرارهما علىٰ الشركة.

قال: (فإن سرَقَا، ثم غاب أحدُهما، وشَهِدَ الشاهدان علىٰ سرقتهما: قُطِعَ الآخَرُ في قول أبي حنيفة رحمه الله الآخِرِ، وهو قولُهما).

وكان أولاً يقولُ: لا يُقطَعُ؛ لأنه لو حَضَرَ ربما يدعي الشبهةَ.

وجهُ قولِه الآخِرِ: أن الغَيْبَةَ تَمنعُ ثبوتَ السرقة علىٰ الغائب، فيبقىٰ معدوماً، والعدمُ[3] لا يورِثُ الشبهةَ.

ولا معتبرَ بتوهُّم حدوثِ الشبهة، علىٰ ما مرَّ.

---

(١) هذا قولٌ له، والمعتمد أنه يسقط الحد. نهاية المطلب ١٧/٣٤٦.

(٢) أي الإمام الشافعي رحمه الله.

(٣) وفي طبعات الهداية القديمة: المعدوم.

وإذا أقرَّ العبدُ المحجورُ عليه بسرقةِ عشرةِ دراهمَ بعَيْنها: فإنه يُقطَعُ، وتُرَدُّ السرقةُ إلىٰ المسروقِ منه، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يُقطَعُ، والعشرةُ للمَوْلىٰ.

وقال محمدٌ رحمه الله: لا يُقطَعُ، والعشرةُ للمَوْلىٰ، وهو قولُ زفر رحمه الله تعالىٰ.

قال: (وإذا أقرَّ العبدُ المحجورُ عليه بسرقةِ عشرةِ دراهمَ بعَيْنها: فإنه يُقطَعُ، وتُرَدُّ السرقةُ إلىٰ المسروقِ منه، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يُقطَعُ، والعشرةُ للمَوْلىٰ.

وقال محمدٌ رحمه الله: لا يُقطَعُ، والعشرةُ للمَوْلىٰ، وهو قولُ زفر رحمه الله تعالىٰ).

ومعناه: إذا كذَّبَه المَوْلىٰ.

ولو أقرَّ بسرقةِ مالٍ مُسْتَهْلَكٍ: قُطِعَت يدُه.

ولو كان العبدُ مأذوناً له: يُقطَعُ في الوجهَيْن.

وقال زفر رحمه الله: لا يُقطَعُ في الوجوه كلِّها؛ لأن الأصلَ عندَه: أن إقرارَ العبدِ علىٰ نفسِه بالحدودِ والقصاصِ لا يصح؛ لأنه يَرِدُ علىٰ نفسه وطَرَفِه، وكلُّ ذلك مالُ المولىٰ.

والإقرارُ علىٰ الغيرِ غيرُ مقبولٍ.

إلا أن المأذونَ له يؤاخَذُ بالضمان والمال؛ لصحة إقراره به؛ لكونه مسلَّطاً عليه من جهته، والمحجورُ عليه لا يصحُّ إقرارُه بالمال أيضاً.

. . . .

ونحن نقول: يصحُّ إقرارُه من حيث إنه آدميٌّ، ثم يتعدَّىٰ إلىٰ المالية، فيصحُّ من حيث إنه مالٌ.

ولأنه لا تُهمةَ في هذا الإقرار، لِمَا يشتملُ عليه من الإضرار، ومثلُه مقبولٌ علىٰ الغير.

لمحمدٍ رحمه الله في المحجور عليه: أن إقرارَه بالمال باطلٌ، ولهذا لا يصحُّ منه الإقرارُ بالغصب، فيبقىٰ مالُ المولىٰ، ولا قَطعَ علىٰ العبد في سرقته[1].

يؤيِّدُه أن المالَ أصلٌ فيها، والقطعُ تابعٌ، حتىٰ تُسمَعُ الخصومةُ فيه بدون القطع، ويثبتُ المالُ بدونه.

وفي عكسه: لا تُسمَعُ[2]، ولا يثبتُ.

وإذا بطل فيما هو الأصل: بَطَلَ في التَّبَعِ، بخلاف المأذون له؛ لأن إقرارَه بالمال الذي في يده صحيحٌ، فيصحُّ في حَقِّ القطع تبعاً.

ولأبي يوسف رحمه الله: أنه أَقَرَّ بشيئين:

بالقطع، وهو علىٰ نفسه، فيصح، علىٰ ما ذكرناه.

وبالمالِ، وهو علىٰ المولىٰ، فلا يصحُّ في حَقِّه فيه، والقَطْعُ يُستَحَقُّ بدونه.

---

(١) أي سرقة مال المولىٰ.

(٢) أي لا تثبتُ الخصومة، ولا يثبت المال.

وإذا قُطِعَ السارقُ، والعينُ قائمةٌ في يده: رُدَّت علىٰ صاحبها.

وإن كانت مُسْتَهْلَكَةً: لم يضمَنْ.

كما إذا قال الحرُّ: الثوبُ الذي في يدِ زيدٍ سَرَقْتُه من عَمرٍو، وزيدٌ يقول: هو ثوبي: تُقطَعُ يدُ المقِرِّ وإن كان لا يُصَدَّق في تعيين الثوب، حتىٰ لا يُؤخَذُ من زيد.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الإقرارَ بالقطع قد صحَّ منه؛ لِمَا بيَّنَّا، فيصحُّ بالمال؛ بناءً عليه؛ لأن الإقرارَ يلاقي حالةَ البقاء، والمالُ في حالة البقاء تابعٌ للقطع، حتىٰ تسقطُ عصمةُ المالِ باعتباره، فيُستَوفَىٰ القطعُ بعد استهلاكه.

بخلاف مسألةِ الحُرِّ؛ لأن القطعَ يجبُ بالسرقة من المودَع، أما لا يجب بسرقة العبد مالَ المولىٰ، فافترقا.

ولو صدَّقه المولىٰ: يُقطَعُ في الفصولِ كلِّها؛ لزوال المانع.

قال: (وإذا قُطِعَ السارقُ، والعينُ قائمةٌ في يده: رُدَّت علىٰ صاحبها)؛ لبقائها علىٰ مِلْكِه.

(وإن كانت مُسْتَهْلَكَةً: لم يضمَنْ).

وهذا الإطلاقُ: يشمَلُ الهلاكَ، والاستهلاكَ، وهو روايةُ أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله، وهو المشهور.

وروىٰ الحسنُ رحمه الله عنه: أنه يَضمَنُ بالاستهلاك.

. . . .

وقال الشافعي[١] رحمه الله: يضمنُ فيهما؛ لأنهما حَقَّان قد اختَلَفَ سبباهما، فلا يمتنعان:

فالقطعُ حَقُّ الشرع، وسببُه تَرْكُ الانتهاءِ عما نُهِيَ عنه.

والضمانُ حَقُّ العبد، وسببُه أَخْذُ المال، فصار كاستهلاكِ صيدٍ مملوكٍ في الحرم، أو شُرْبِ خمرٍ مملوكةٍ لذميٍّ.

ولنا: قولُه عليه الصلاة والسلام: «لا غُرْمَ علىٰ السارق بعد ما قُطِعت يمينُه»[٢].

ولأن وجوبَ الضمانِ ينافي القطعَ؛ لأنه يتملَّكُه بأداء الضمان، مستنداً إلىٰ وقتِ الأخذ، فيتبيَّنُ أنه وَرَدَ علىٰ مِلْكِه، فينتفي القطعُ؛ للشبهة، وما يؤدي إلىٰ انتفائه: فهو المنتفي.

ولأن المَحَلَّ لا يبقىٰ معصوماً حقاً للعبد، إذ لو بَقِيَ: لكان مباحاً في نفسه، فينتفي القطعُ؛ للشبهة، فيصيرُ مُحَرَّماً حقاً للشرع، كالميتة، ولا ضمانَ فيه.

إلا أن العصمةَ لا يَظهرُ سقوطُها في حقِّ الاستهلاك؛ لأنه فِعْلٌ آخَرُ غيرُ السرقة، ولا ضرورةَ في حقِّه.

---

(١) نهاية المطلب ١٧/٣٨٥.

(٢) قال في الدراية ٢/١١٣: لم أجده بهذا اللفظ، وذكر بمعناه عند النسائي (٤٩٨٤)، وأنه منقطع لا يثبت، وينظر منية الألمعي ص٣٩٤ حيث نقل تخريجه عن معاني الآثار للطحاوي.

ومَن سَرَقَ سَرِقَاتٍ، فقُطِعَ في إحداها: فهو لجميعِها، ولا يضمنُ شيئاً عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يَضمَنُ كلَّها إلا التي قُطِعَ لها.

وكذا الشبهةُ تُعتبرُ فيما هو السببُ، دون غيره.

ووجهُ المشهور: أن الاستهلاكَ إتمامُ المقصود، فتُعتَبَرُ الشبهةُ فيه.

وكذا يظهرُ سقوطُ العصمةِ في حَقِّ الضمان؛ لأنه من ضروراتِ سقوطِها في حقِّ الهلاك؛ لانتفاءِ المماثلة.

قال: (ومَن سَرَقَ سَرِقَاتٍ، فقُطِعَ في إحداها: فهو لجميعِها، ولا يضمنُ شيئاً عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يَضمَنُ كلَّها إلا التي قُطِعَ لها).

ومعنىٰ المسألة: إذا حَضَرَ أحدُهم.

فإن حضروا جميعاً، وقُطِعت يدُه لخصومتهم: لا يضمنُ شيئاً، بالاتفاق، في السَّرِقَات كلِّها.

لهما: أن الحاضِرَ ليس بنائبٍ عن الغائب، ولا بدَّ من الخصومة؛ لتَظهرَ السرقةُ، فلم تظهَرِ السرقةُ من الغائبين، فلم يقعِ القطعُ لها، فبقيتْ أموالُهم معصومةً.

وله: أن الواجبَ بالكلِّ قَطْعٌ واحدٌ؛ حقّاً لله تعالىٰ؛ لأن مبنىٰ الحدودِ علىٰ التداخل، والخصومةُ شَرْطُ الظهور عند القاضي، أما الوجوبُ: فبالجناية[1].

---

(١) جملة: أما الوجوب: فبالجناية: شُطِبَ عليها في نُسخ كثيرة، لكن ذكرها العيني في البناية ٩/ ٩٠ وشَرَحَها بقوله: أي وجوب القطع بالجناية؛ جزاءً لها.

. . . .

فإذا استُوفِيَ: فالمستوفَىٰ كلُّ الواجب، ألا ترىٰ أنه يرجع نفعُه إلىٰ الكلِّ، فيقعُ عن الكل.

وعلىٰ هذا الخلافِ: إذا كانتِ النُّصُب كلُّها لواحدٍ، فخاصَمَه[1] في البعض، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) وفي نُسخ: فخاصم.

باب
ما يُحدِثُ السارقُ في السرقة

ومَن سَرَقَ ثوباً، فشَقَّه في الدار نصفَيْن، ثم أخرجه، وهو يساوي عشرةَ دراهم : قُطِعَ.

باب
ما يُحدِثُ السارقُ في السرقة

قال: (ومَن سَرَقَ ثوباً، فشَقَّه في الدار نصفَيْن، ثم أخرجه، وهو يساوي عشرةَ دراهم: قُطِعَ).

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يُقطَعُ؛ لأن له فيه سببَ الملك، وهو الخَرْقُ الفاحِشُ، فإنه يوجِبُ القيمةَ، وتملُّكَ المضمونِ، وصار كالمشتري إذا سَرَقَ مَبيعاً فيه خيارٌ للبائع.

ولهما: أن الأخذَ وُضِعَ سبباً للضمان، لا للملكِ، وإنما الملكُ يثبتُ ضرورةَ أداءِ الضمان؛ كي لا يَجْتَمِعَ البدلان في مِلْكٍ واحدٍ، ومثلُه لا يُورِثُ الشبهةَ، كنفس الأخذ.

وكما إذا سَرَقَ البائعُ مَعِيباً[1] باعه، بخلاف ما ذُكِرَ؛ لأن البيعَ موضوعٌ لإفادة الملك.

---

(١) وفي نُسخ: مبيعاً.

وإن سَرَقَ شاةً، فذَبَحَها، ثم أخرجها : لم يُقطَعْ.

ومَن سَرَقَ ذهباً أو فضةً يجبُ فيه القَطْعُ، فصَنَعَه دراهِمَ أو دنانيرَ : قُطِعَ فيه، وتُرَدُّ الدراهمُ والدنانيرُ إلىٰ المسروقِ منه، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وقالا : لا سبيلَ للمسروقِ منه عليهما.

وهذا الخلافُ: فيما إذا اختار تضمينَ النقصانَ، وأَخْذَ الثوبِ.

فإن اختار تضمينَ القيمة، وتَرْكَ الثوبِ عليه: لا يُقطَعُ، بالاتفاق؛ لأنه مَلَكَه مستنداً إلىٰ وقت الأخذ، فصار كما إذا مَلَكَه بالهبة، فأورث شبهةً.

وهذا كله إذا كان النقصانُ فاحشاً، فإن كان يسيراً: يُقطَعُ، بالاتفاق؛ لانعدام سببِ الملك، إذْ ليس له فيه اختيارُ تضمينِ كلِّ القيمة.

قال: (وإن سَرَقَ شاةً، فذَبَحَها، ثم أخرجها: لم يُقطَعْ)؛ لأن السرقةَ تمَّتْ علىٰ اللحم، ولا قَطْعَ فيه.

قال: (ومَن سَرَقَ ذهباً أو فضةً يجبُ فيه القَطْعُ، فصَنَعَه دراهِمَ أو دنانيرَ: قُطِعَ فيه، وتُرَدُّ الدراهمُ والدنانيرُ إلىٰ المسروقِ منه، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ.

وقالا: لا سبيلَ للمسروقِ منه عليهما).

وأصلُه: في الغصب، فهذه صَنْعةٌ مُتقوِّمةٌ عندهما، خلافاً له.

ثم وجوبُ الحَدِّ لا يُشكِلُ علىٰ قولِه؛ لأنه لم يَمْلِكْه.

وقيل: علىٰ قولِهما: لا يجبُ؛ لأنه مَلَكَه قبلَ القطع.

وقيل: يجبُ؛ لأنه صار بالصَّنْعة شيئاً آخَرَ، فلم يملِكْ عينَه.

فإن سَرَقَ ثوباً، فصَبَغَه أحمرَ: وقُطِعَ فيه: لم يُؤخَذْ منه الثوبُ، ولم يضمَنْ قيمةَ الثوبِ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: يُؤخَذُ منه الثوبُ، ويُعطَىٰ ما زاد الصِّبْغُ فيه.

وإن صَبَغَه أسودَ: أُخِذَ منه الثوبُ في المَذهبَيْن جميعاً.

قال: (فإن سَرَقَ ثوباً، فصَبَغَه أحمرَ، وقُطِعَ فيه: لم يُؤخَذْ منه الثوبُ، ولم يضمَنْ قيمةَ الثوبِ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: يُؤخَذُ منه الثوبُ، ويُعطَىٰ ما زاد الصِّبْغُ فيه)؛ اعتباراً بالغصب، والجامعُ بينهما: كونُ الثوب أصلاً قائماً، وكونُ الصِّبْغِ تابعاً.

ولهما: أن الصِّبْغَ قائمٌ صورةً ومعنىً، حتىٰ لو أراد أَخْذَه مصبوغاً: يضمنُ ما زاد الصِّبْغُ فيه، وحَقُّ المالكِ في الثوب قائمٌ صورةً، لا معنىً، ألا ترىٰ أنه غيرُ مضمونٍ علىٰ السارقِ بالهلاك، فرجَّحْنا جانبَ السارق.

بخلاف الغصب؛ لأن حَقَّ كلٍّ واحدٍ منهما قائمٌ صورةً ومعنىً، فاستويا من هذا الوجه، فرجَّحْنا جانبَ المالكِ بما ذكرنا.

قال: (وإن صَبَغَه أسودَ: أُخِذَ منه الثوبُ في المَذهبَيْن جميعاً).

يعني عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

وعند أبي يوسف رحمه الله: هذا والأول[١]: سواءٌ؛ لأن السَّوادَ زيادةٌ عنده، كالحُمْرة.

---

(١) أي أن الحكم في الصبغ الأسود والاحمر سواء عنده. البناية ٩/٩٤.

. . . .

وعند محمدٍ رحمه الله: زيادةٌ أيضاً، كالحُمْرة، ولكنه لا يَقطَعُ حَقَّ المالك.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: السَّوَادُ نقصانٌ، فلا يوجِبُ انقطاعَ حقِّ المالك، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

باب قَطْع الطريق

وإذا خَرَجَ جماعةٌ ممتَنِعِيْنَ، أو واحدٌ يَقْدِرُ علىٰ الامتناعِ، فقَصَدوا قَطْعَ الطريق، فأُخِذوا قبلَ أن يأخذوا مالاً، ويقتُلُوا نَفْساً: حَبَسَهمُ الإمامُ حتىٰ يُحدِثوا توبةً.

وإن أَخَذوا مالَ مسلمٍ، أو ذميٍّ، والمأخوذُ إذا قُسِمَ علىٰ جماعتهم أصاب كلَّ واحدٍ منهم عشرةُ دراهمَ، فصاعداً، أو ما تَبلُغُ قيمتُه ذلك: قَطَعَ الإمامُ أيديَهم وأرجلَهم من خِلافٍ.

وإن قَتَلوا ولم يأخذوا مالاً: قَتَلَهم الإمامُ حَدّاً.

باب قَطْع الطريق

قال: (وإذا خَرَجَ جماعةٌ ممتَنِعِيْنَ، أو واحدٌ يَقْدِرُ علىٰ الامتناعِ، فقَصَدوا قَطْعَ الطريق، فأُخِذوا قبلَ أن يأخذوا مالاً، ويقتُلُوا نَفْساً: حَبَسَهمُ الإمامُ حتىٰ يُحدِثوا توبةً.

وإن أَخَذوا مالَ مسلمٍ، أو ذميٍّ، والمأخوذُ إذا قُسِمَ علىٰ جماعتهم أصاب كلَّ واحدٍ منهم عشرةُ دراهمَ، فصاعداً، أو ما تَبلُغُ قيمتُه ذلك: قَطَعَ الإمامُ أيديَهم وأرجلَهم من خِلافٍ.

وإن قَتَلوا ولم يأخذوا مالاً: قَتَلَهم الإمامُ حَدّاً).

والأصلُ فيه: قولُه تعالىٰ: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾. الآية. المائدة/٣٣.

حتىٰ لو عفا الأولياءُ عنهم : لا يُلتفَتُ إلىٰ عَفْوِهم.

والمرادُ منه، والله أعلم: التوزيعُ علىٰ الأحوال، وهي أربعةٌ، هذه الثلاثةُ المذكورةُ، والرابعةُ نذكرُها إن شاء الله تعالىٰ.

ولأن الجناياتِ تتفاوَتُ علىٰ الأحوال، فاللائقُ تَغَلُّظُ الحُكْمِ بتَغَلُّظِها.

أما الحَبْسُ في الأُولىٰ: فلأنه المرادُ بالنفي المذكور؛ لأنه نفيٌ عن وَجْهِ الأرض، بدَفْعِ شرِّهم عن أهلها.

ويُعزَّرون أيضاً؛ لمباشَرَتِهم مُنْكَرَ الإخافة.

وشَرَطَ[1] القدرةَ علىٰ الامتناع: لأن المحاربةَ لا تتحقَّقُ إلا بالمَنَعَة.

والحالةُ الثانيةُ: كما بيَّنّاها؛ لِمَا تلوناه.

وشَرَطَ أن يكونَ المأخوذُ مالَ مسلمٍ، أو ذميٍّ: لتكون العصمةُ مؤبَّدةً، ولهذا لو قَطَعَ الطريقَ علىٰ المستأمِنِ: لا يجبُ القطعُ.

وشَرَطَ كمالَ النصاب في حقِّ كلِّ واحدٍ: كي لا يُستباحَ طَرَفُه إلا بتناوُلِه مالاً له خَطَرٌ.

والمرادُ: قَطْعُ اليدِ اليمنىٰ، والرِّجْلِ اليسرىٰ؛ كي لا يؤدِيَ إلىٰ تفويت جنسِ المنفعة.

والحالةُ الثالثة: كما بيَّنّاها؛ لِمَا تلوناه.

ويُقتَلون حَدّاً، (حتىٰ لو عفا الأولياءُ عنهم: لا يُلتفَتُ إلىٰ عَفْوِهم)؛ لأنه حَقُّ الشرع.

---

(١) أي الإمام القدوري رحمه الله.

وإذا قَتَلوا، وأَخَذوا المالَ: فالإمامُ بالخيار: إن شاء قَطَعَ أيديَهم وأرجلَهم من خِلافٍ، وقَتَلَهم وصَلَبَهم، وإن شاء قَتَلَهم، وإن شاء صَلَبَهم.

وقال محمدٌ رحمه الله: يُقتَلُ أو يُصلَب، ولا يُقطَع

قال: (و) الرابعةُ: (إذا قَتَلوا، وأَخَذوا المالَ: فالإمامُ بالخيار: إن شاء قَطَعَ أيديَهم وأرجلَهم من خِلافٍ، وقَتَلَهم وصَلَبَهم، وإن شاء قَتَلَهم، وإن شاء صَلَبَهم.

وقال محمدٌ رحمه الله: يُقتَلُ أو يُصلَب، ولا يُقطَع)؛ لأنه جنايةٌ واحدةٌ، فلا توجِبُ حدَّيْن.

ولأن ما دون النفس: يدخلُ في النفس، في باب الحَدِّ، كحدِّ السرقة والرَّجْم.

ولهما: أن هذه عقوبةٌ واحدةٌ تغلَّظَتْ لتغلُّظ سببِها، وهو تفويتُ الأمنِ علىٰ التناهي بالقتل، وأَخْذِ المال.

ولهذا كان قَطْعُ اليدِ والرِّجْلِ معاً في الكبرىٰ حدّاً واحداً وإن كانا في الصغرىٰ حدَّيْن، والتداخلُ في الحدود، لا في حَدٍّ واحدٍ.

ثم ذَكَرَ في «الكتاب[1]» التخييرَ بين الصَّلْبِ وتَرْكِه، وهو ظاهرُ الرواية.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يَترُكُه؛ لأنه منصوصٌ عليه، والمقصودُ التشهيرُ؛ ليَعتبِرَ به غيرُه.

---

(١) أي مختصر القدوري.

يُصلَبُ حيّاً، ويُبعَجُ بطنُه برُمْحٍ إلىٰ أن يموت.

ولا يُصلَبُ أكثرَ من ثلاثةِ أيامٍ.

وإذا قُتِلَ القاطعُ: فلا ضمانَ عليه في مالٍ أَخَذَه.

ونحن نقول: أصلُ التشهير: بالقتل، والمبالغةُ: بالصلب، فيُخيَّر فيه.

ثم قال: (يُصلَبُ حيّاً، ويُبعَجُ بطنُه برُمْحٍ إلىٰ أن يموت).

ومثلُه عن الكَرْخِيِّ رحمه الله.

وعن الطحاويِّ رحمه الله: أنه يُقتَلُ، ثم يُصلَبُ؛ توقِّياً عن المُثلَة.

وجهُ الأول، وهو الأصح: أن الصَّلْبَ علىٰ هذا الوجه: أبلغُ في الرَّدْع، وهو المقصودُ به.

قال: (ولا يُصلَبُ أكثرَ من ثلاثةِ أيامٍ)؛ لأنه يتغيَّرُ بعدَها، فيتأذَّىٰ الناسُ به.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يُترَكُ علىٰ خَشَبةٍ حتىٰ يتقطَّعَ، ويسقطَ؛ ليَعتبِرَ به غيرُه.

قلنا: حَصَلَ الاعتبارُ بما ذكرناه، والنهايةُ غيرُ مطلوبة.

قال: (وإذا قُتِلَ القاطعُ: فلا ضمانَ عليه في مالٍ أَخَذَه[1])؛ اعتباراً بالسرقة الصغرىٰ، وقد بيَّنَّاه.

---

(١) لأن الحدَّ لما أُقيم: سقطت عصمة المال، كما في السرقة. البناية ٩/١٠٣.

فإن باشر القتلَ أحدُهم : أُجرِيَ الحَدُّ عليهم بأجمعهم .

والقتلُ إن كان بعَصاً، أو بحَجَرٍ، أو بسيفٍ : فهو سواءٌ .

وإن لم يَقتُلِ القاطعُ، ولم يأخذْ مالاً، وقد جَرَحَ : اقتُصَّ منه فيما فيه القصاصُ، وأُخِذَ الأرشُ منه فيما فيه الأرشُ، وذلك إلىٰ الأولياء .

وإن أَخَذَ مالاً، ثم جَرَحَ : قُطِعَت يدُه ورِجلُه من خلافٍ، وبَطَلَتِ الجراحات .

قال: (فإن باشر القتلَ أحدُهم: أُجرِيَ الحَدُّ عليهم بأجمعهم)؛ لأنه جزاءُ المحاربة، وهي تتحقَّقُ بأن يكون البعضُ رِدْءاً للبعض، حتىٰ إذا زَلَّتْ أقدامُهم[1]: انحازوا إليهم[2]، وإنما الشرطُ القتلُ من واحدٍ منهم، وقد تحقَّقَ.

قال: (والقتلُ إن كان بعَصاً، أو بحَجَرٍ، أو بسيفٍ: فهو سواءٌ)؛ لأنه يقعُ قَطْعاً للطريق بقطع المارَّة.

قال: (وإن لم يَقتُلِ القاطعُ، ولم يأخذْ مالاً، وقد جَرَحَ: اقتُصَّ منه فيما فيه القصاصُ، وأُخِذَ الأرشُ منه فيما فيه الأرشُ، وذلك إلىٰ الأولياء)؛ لأنه لا حَدَّ في هذه الجناية، فظَهَرَ حَقُّ العبد، وهو ما ذكرناه، فيستوفيه الوليُّ.

قال: (وإن أَخَذَ مالاً، ثم جَرَحَ: قُطِعَت يدُه ورِجلُه من خلافٍ، وبَطَلَتِ الجراحات).

---

(١) أي انهزم المحاربون المباشِرون.

(٢) أي إذا انهزم المباشرون: انضمَّ واجتمع إليهم الرِّدءُ؛ لمعاونتهم.

وإن أُخِذَ بعد ما تاب، وقد قَتَلَ عمداً: فإن شاء الأولياءُ قَتَلوه، وإن شاؤوا عَفَوْا عنه.

وإن كان من القُطَّاعِ صبيٌّ، أو مجنونٌ، أو ذو رَحِمٍ مَحْرَمٍ من المقطوعِ عليه: سَقَطَ الحَدُّ عن الباقين.

لأنه لَمَّا وَجَبَ الحَدُّ حَقّاً لله تعالىٰ: سَقَطَتْ عِصمةُ النفسِ حقّاً للعبد، كما تسقطُ عصمةُ المال.

قال: (وإن أُخِذَ بعد ما تاب، وقد قَتَلَ عمداً: فإن شاء الأولياءُ قَتَلوه، وإن شاؤوا عَفَوْا عنه)؛ لأن الحَدَّ في هذه الجناية لا يُقامُ بعد التوبة؛ للاستثناء المذكور في النصِّ[1].

أو لأن التوبةَ تتوقَّفُ علىٰ رَدِّ المال، ولا قَطْعَ في مثلِه[2]، فظَهَرَ حَقُّ العبد في النفس والمال، حتىٰ يستوفِيَ الوليُّ القصاصَ، أو يعفوَ.

ويجبُ الضمان إذا هَلَكَ في يده[3]، أو استهلكه.

قال: (وإن كان من القُطَّاعِ صبيٌّ، أو مجنونٌ، أو ذو رَحِمٍ مَحْرَمٍ من المقطوعِ عليه: سَقَطَ الحَدُّ عن الباقين).

فالمذكورُ في الصبيِّ والمجنونِ: قولُ أبي حنيفة وزفرَ رحمهما الله.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لو باشَرَ العقلاءُ: يُحَدُّ الباقون.

---

(١) وهو قوله تعالىٰ: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ عَلَيْهِمْ﴾. المائدة/٣٤.

(٢) لانقطاع الخصومة، وهي شرطٌ فيه.

(٣) أي قاطع الطريق.

و صار القتلُ إلىٰ الأولياء، فإن شاؤوا قتَلوا، وإن شاؤوا عَفَوْا عنه.

وعلىٰ هذا: السرقةُ الصغرىٰ.

له: أن المباشِرَ أصلٌ، والرِدْءَ تابعٌ، ولا خَلَلَ في مباشرةِ العاقل، ولا اعتبارَ بالخلل في التَّبَع.

وفي عكسِه: ينعكسُ المعنىٰ والحكمُ.

ولهما: أنه جنايةٌ واحدةٌ قامتْ بالكل، فإذا لم يقع فِعْلُ بعضِهم موجِباً: كان فِعْلُ الباقين بعضَ العلة، وبه لا يثبتُ الحكمُ، فصار كالخاطئ مع العامد.

وأما ذو الرَّحِمِ المَحْرَم: فقد قيل: تأويلُه إذا كان المالُ مشتركاً بين المقطوع عليهم.

والأصحُّ أنه مطلَقٌ؛ لأن الجنايةَ واحدةٌ، علىٰ ما ذكرناه، فالامتناعُ في حَقِّ البعض: يوجِبُ الامتناعَ في حَقِّ الباقين.

بخلاف ما إذا كان فيهم مستأمِنٌ؛ لأن الامتناعَ في حَقِّه لخَلَلٍ في العصمة، وهو يخُصُّه.

أما ها هنا: الامتناعُ لخَلَلٍ في الحِرْز، والقافلةُ حِرْزٌ واحدٌ.

قال: (و) إذا سَقَطَ الحَدُّ: (صار القتلُ إلىٰ الأولياء)؛ لظهور حَقِّ العبد، علىٰ ما ذكرناه.

قال: (فإن شاؤوا قتَلوا، وإن شاؤوا عَفَوْا عنه.

وإذا قَطَعَ بعضُ القافلةِ الطريقَ علىٰ البعض : لم يجبِ الحَدُّ.

ومَن قَطَعَ الطريقَ ليلاً أو نهاراً في المِصر، أو بينَ الكوفة والحِيْرة : فليس بقاطعٍ للطريق؛ استحساناً.

وفي القياسِ : يكونُ قاطِعَ الطريقِ.

وإذا قَطَعَ بعضُ القافلةِ الطريقَ علىٰ البعض: لم يجبِ الحَدُّ)؛ لأن الحِرْزَ واحدٌ، فصارتِ القافلةُ كدارٍ واحدة.

قال: (ومَن قَطَعَ الطريقَ ليلاً أو نهاراً في المِصر، أو بينَ الكوفة والحِيْرة: فليس بقاطعٍ للطريق؛ استحساناً.

وفي القياسِ: يكونُ قاطِعَ الطريقِ)، وهو قولُ الشافعي[1] رحمه الله؛ لوجوده حقيقةً.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يجبُ الحَدُّ إذا كان خارجَ المصر وإن كان بقُرْبه؛ لأنه لا يَلحقُه الغَوْثُ.

وعنه: إن قاتلوا نهاراً بالسلاح، أو ليلاً به، أو بالخشب: فهم قُطَّاعُ الطريقِ؛ لأنَّ السلاحَ لا يُلْبِثُ[2]، والغَوْثُ يُبطىءُ بالليالي.

ونحن نقولُ: إنَّ قَطْعَ الطريقِ: بقَطْعِ المارَّةِ، ولا يتحقَّقُ ذلك في المصر، وبقُرْبٍ منه؛ لأن الظاهرَ لُحُوقُ الغَوْثِ؛ إلا أنهم يُؤخَذون برَدِّ المال؛

---

(١) الحاوي الكبير ١٣/٣٦٠.

(٢) أي ليس فيه مُهلةٌ للدفع بغير قتل، فيتحقق القطع قبل الغوث. البناية ١٥/٣٩٠، فتح القدير ٥/١٨٥.

ومَن خَنَقَ رجلاً حتىٰ قتَلَه : فالديةُ علىٰ عاقلتِه عند أبي حنيفة رحمه الله .

وإن خَنَقَ في المصر غيرَ مرَّةٍ : قُتِلَ به .

إيصالاً للحَقِّ إلىٰ المستَحِقِّ، ويؤدَّبون، ويُحبَسون؛ لارتكابهم الجنايةَ.

وإن قَتَلوا: فالأمرُ فيه إلىٰ الأولياء؛ لِمَا بيَّنَّا.

قال: (ومَن خَنَقَ رجلاً حتىٰ قتَلَه: فالديةُ علىٰ عاقلتِه عند أبي حنيفة رحمه الله)، وهي مسألةُ القتل بالمُثَقَّل، وسنُبيِّنُ ذلك في باب الديات إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (وإن خَنَقَ في المصر غيرَ مرَّةٍ: قُتِلَ به)؛ لأنه صار ساعياً في الأرض بالفساد، فيُدفَعُ شرُّه بالقتل، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

كتاب السِّيَر

الجهادُ: فَرْضٌ علىٰ الكفاية، إذا قام به فريقٌ من الناس: سَقَطَ عن الباقِين.

كتاب السِّيَر

السِّيَر: جَمْعُ: سِيْرة، وهي الطريقةُ في الأمور.

وفي الشرع: تختصُّ بسِيَر النبيِّ عليه الصلاة والسلام في مَغَازِيْه.

قال: (الجهادُ: فَرْضٌ علىٰ الكفاية، إذا قام به فريقٌ من الناس: سَقَطَ عن الباقِين).

أما الفَرْضية: فلقوله تعالىٰ: ﴿فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ﴾. التوبة/٥.

ولقوله عليه الصلاة والسلام: «الجهادُ ماضٍ إلىٰ يوم القيامة»[١].

أراد به فَرْضاً باقياً.

وهو فَرْضٌ علىٰ الكفاية؛ لأنه ما فُرِضَ لعَيْنه، إذْ هو إفسادٌ في نفسِه[٢]، وإنما فُرِضَ لإعزاز دِيْنِ الله، ودَفْعِ الشَّرِّ عن العِبَاد.

فإذا حَصَلَ المقصودُ بالبعض: سَقَطَ عن الباقين، كصلاةِ الجنازة، وردِّ السلام.

---

(١) سنن أبي داود (٢٥٣٢)، وسكت عنه، الدراية ٢/١١٤.

(٢) إذ فيه تعذيبٌ للعباد، وتخريبٌ للبلاد. البناية ٩/١١٦.

وإن لم يَقُمْ به أحدٌ: أَثِمَ جميعُ الناس بتَرْكِه.

وقال في «الجامع الصغير»: الجهادُ واجبٌ، إلا أن المسلمين في سَعَةٍ حتىٰ يُحتاجَ إليهم.

قال: (وإن لم يَقُمْ به أحدٌ: أَثِمَ جميعُ الناس بتَرْكِه)؛ لأن الوجوبَ علىٰ الكلِّ.

ولأنَّ في اشتغال الكلِّ به: قَطْعَ مادةِ الجهاد[1]، من الكُرَاع والسلاح، فيجبُ علىٰ الكفاية.

إلا أن يكونَ النفيرُ عاماً: فحينئذٍ يصيرُ من فروضِ الأعيان؛ لقوله تعالىٰ: ﴿ ٱنفِرُواْ خِفَافًا وَثِقَالًا ﴾. الآية. التوبة/٤١.

قال: (وقال في «الجامع الصغير[2]»: الجهادُ واجبٌ، إلا أن المسلمين في سَعَةٍ حتىٰ يُحتاجَ إليهم).

فأولُ هذا الكلامِ: إشارةٌ إلىٰ الوجوب علىٰ الكفاية، وآخِرُه: إلىٰ النفير العام.

وهذا لأن المقصودَ عند ذلك لا يتحصَّلُ إلا بإقامة الكلِّ، فيُفترَضُ علىٰ الكلِّ.

---

(١) أي قَطْعُ ما يُحتاجُ في الجهاد، فإذا انقطعت مادة الجهاد: ينقطعُ الجهاد، فينبغي أن يقومَ بعضُ الناسِ بالجهاد، وبعضٌ بتحصيل أسبابِه، من التجارة ونحوها، التي يحصل بها آلات الجهاد، من نحو الخيل والسلاح. البناية ١١٦/٩.

(٢) ص ٢٦٤، وهي آخر جملةٍ من الجامع الصغير.

وقتالُ الكفارِ واجبٌ وإن لم يبدؤوا.

ولا يجبُ الجهادُ علىٰ صبيٍّ، ولا عبدٍ، ولا امرأةٍ، ولا أعمىً، ولا مُقْعَدٍ، ولا أقطعَ.

فإن هَجَمَ العدوُّ علىٰ بلدٍ: وَجَبَ علىٰ جميعِ الناس الدفعُ، تَخرُجُ المرأةُ بغير إذن زوجِها، والعبدُ بغير إذن المولىٰ.

قال: (وقتالُ الكفارِ واجبٌ وإن لم يبدؤوا[1])؛ للعمومات[2].

قال: (ولا يجبُ الجهادُ علىٰ صبيٍّ)؛ لأن الصِّبَا مَظِنَّةُ المَرْحَمَة.

(ولا عبدٍ، ولا امرأةٍ)؛ لتقدُّمِ حَقِّ المولىٰ، والزوجِ.

(ولا أعمىً، ولا مُقْعَدٍ، ولا أقطعَ)؛ لعجزهم.

قال: (فإن هَجَمَ العدوُّ علىٰ بلدٍ: وَجَبَ علىٰ جميعِ الناسِ الدفعُ، تَخرُجُ المرأةُ بغير إذن زوجِها، والعبدُ بغير إذن المولىٰ)؛ لأنه صار فرضَ عينٍ.

ومِلْكُ اليمين، ورِقُّ النكاح لا يَظهرُ في حَقِّ فروضِ الأعيان، كما في الصلاة والصوم.

بخلاف ما قبلَ النفير؛ لأن بغيرهما مَقْنَعاً[3]، فلا ضرورةَ إلىٰ إبطالِ حقِّ المولىٰ والزوج.

---

(١) وفي نُسخ: يبدؤونا.

(٢) أي لإطلاق العمومات الواردة في الآيات والأخبار، كقوله تعالىٰ: ﴿فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ﴾. التوبة/٥.

(٣) أي كفايةً.

ويكره الجُعْلُ علىٰ القتال ما دام للمسلمين فَيْءٌ.
فإذا لم يكن: فلا بأسَ بأن يُقوِّيَ بعضُهم بعضاً.

قال: (ويكره الجُعْلُ علىٰ القتال[1] ما دام للمسلمين فَيْءٌ)؛ لأنه يُشبِه الأجرَ، ولا ضرورةَ إليه؛ لأن مالَ بيتِ المال مُعَدٌّ لنوائب المسلمين.

قال: (فإذا لم يكن[2]: فلا بأسَ بأن يُقوِّيَ بعضُهم بعضاً)؛ لأن فيه دفعَ الضرر الأعلىٰ بإلحاقِ الأدنىٰ.

يؤيِّدُه أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام أَخَذَ دروعاً من صفوان[3] رضي الله عنه.

وعمرُ رضي الله عنه كان يُغْزِي[4] العَزَبَ[5]، عن ذي الحَلِيلة[6]، ويُعطي الشاخصَ فَرَسَ القاعدِ[7]، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) وهو ما يَضرِبُه الإمامُ للغزاة علىٰ الناس مما يحصل به التقوِّي للخروج إلىٰ الحرب. البناية ٩/١١٩.

(٢) أي في بيت المال شيءٌ.

(٣) ابن أمية رضي الله عنه، وقد أسلم وحسُن إسلامه. سنن أبي داود (٣٥٦٢)، سنن النسائي (٥٧٧٩)، وصححه ابن حبان (٥٠٩٤).

(٤) من الإغزاء، يقال: أغزىٰ الأمير الجيشَ: إذا بَعَثَه إلىٰ العدوِّ.

(٥) أي الذي لا زوجة له، وفي نُسخ: الأعزب، وصحح العيني في البناية ٩/١٢٠ بدون ألف، أي: عَزَب.

(٦) أي لا يُغزي صاحب الحليلة، أي الزوجة، فيقدِّم العَزَبَ.

(٧) فيعطي الماشيَ الذاهبَ إلىٰ العدوِّ فرسَ القاعد. طبقات ابن سعد ٣/٣٠٦.

باب كيفية القتال

وإذا دَخَلَ المسلمون دارَ الحرب، فحاصَرُوا مدينةً أو حِصْناً : دَعَوْهم إلىٰ الإسلام، فإن أجابوا : كَفُّوا عن قتالِهم، وإن امتنعوا : دَعَوْهُمْ إلىٰ أداءِ الجزية.

باب كيفية القتال

قال: (وإذا دَخَلَ المسلمون دارَ الحرب، فحاصَرُوا مدينةً أو حِصْناً: دَعَوْهم إلىٰ الإسلام)؛ لِمَا روىٰ ابنُ عباسٍ رضي الله عنهما أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام ما قاتَلَ قوماً حتىٰ دعاهم إلىٰ الإسلام[1].

قال: (فإن أجابوا: كَفُّوا عن قتالِهم)؛ لحصولِ المقصود.

وقد قال النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم: «أُمِرْتُ أن أُقاتِلَ الناسَ حتىٰ يقولوا: لا إله إلا الله»[2]. الحديثُ.

قال: (وإن امتنعوا: دَعَوْهُمْ إلىٰ أداءِ الجزية).

به أَمَرَ رسولُ الله عليه الصلاة والسلام أُمَرَاءَ الجيوش[3].

ولأنه أَحَدُ ما ينتهي به القتالُ، علىٰ ما نَطَقَ به النَّصُّ[4].

---

(١) مصنف عبد الرزاق (٩٤٢٧)، مسند أحمد (٢١٠٥)، وصححه الحاكم (٣٧).

(٢) صحيح البخاري (٢٩٤٦)، صحيح مسلم (٣٤) (٢١).

(٣) أي بأخذ الجزية إذا امتنعوا عن الإسلام. صحيح مسلم (١٧٣١).

(٤) أي قوله تعالىٰ: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ﴾. التوبة/٢٩.

فإن بَذَلوها : فلهم ما للمسلمين، وعليهم ما علىٰ المسلمين.

ولا يجوزُ أن يُقاتِلَ مَن لم تَبْلُغْه الدعوةُ إلىٰ الإسلام، إلا أن يَدْعُوَه.

وهذا في حَقِّ مَن تُقبَلُ منه الجزيةُ.

ومَن لا تُقبل منه، كالمرتدِّين وعَبَدَةِ الأوثان من العرب: لا فائدةَ في دُعائهم إلىٰ قَبول الجزية؛ لأنه لا يُقبَلُ منهم إلا الإسلام.

قال الله تعالىٰ: ﴿ تُقَٰتِلُونَهُمۡ أَوۡ يُسۡلِمُونَ ﴾. الفتح/١٦.

قال: (فإن بَذَلوها: فلهم ما للمسلمين، وعليهم ما علىٰ المسلمين).

لقول علي رضي الله عنه: «إنما بَذَلوا الجزيةَ لتكون دماؤهم: كدمائنا، وأموالُهم: كأموالنا»[1].

والمرادُ بالبذل: القبول.

وكذا المرادُ بالإعطاء المذكورِ فيه في القرآن[2]، والله أعلم.

قال: (ولا يجوزُ أن يُقاتِلَ مَن لم تَبْلُغْه الدَّعوةُ إلىٰ الإسلام، إلا أن يَدْعُوَه).

---

(١) قال في نصب الراية ٣/٣٨١: غريبٌ، وأخرج الدارقطني في سننه (٣٢٩٦): قال علي رضي الله عنه: من كانت له ذمتنا: فدمه كدمنا، وديته كديتنا. اهـ، وفيه: أبو الجنوب: ضعيف الحديث، وأخرجه الشافعي في مسنده ٢/١٠٥ (بترتيب السندي)، سنن البيهقي (١٥٩٣٤)، وذكره في نصب الراية ٤/٣٦٩ مختصراً.

(٢) وهو قوله تعالىٰ: ﴿ حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ ﴾. التوبة/٢٩.

ويُستحَبُّ أن يَدْعُوَ مَن بَلَغَتْه الدَّعوة، ولا يجبُ ذلك.

لقوله عليه الصلاة والسلام في وصية أمراءِ الأجناد: «فادْعُهم إلىٰ شهادة أن لا إله إلا الله»[1].

ولأنهم بالدَّعوة يعلمون أنَّا نقاتِلُهم علىٰ الدِّين، لا علىٰ سَلْبِ الأموال، وسَبْيِ الذراري، فلعلَّهم يُجيبون، فنُكفَىٰ مؤنةَ القتال.

ولو قاتلهم قبلَ الدعوة: أَثِمَ؛ للنهي[2].

ولا غرامةَ[3]: لعدم العاصِم، وهو الدِّينُ، أو الإحرازُ بالدار، فصار كقتل النِّسْوان، والصبيان.

قال: (ويُستحَبُّ أن يَدْعُوَ مَن بَلَغَتْه الدَّعوة)؛ مبالغةً في الإنذار.

(ولا يجبُ ذلك)؛ لأنه صحَّ أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام أغار علىٰ بني المُصْطَلِق[4]، وهم غارُّون[5].

---

(١) تقدم قريباً جداً، وهو في صحيح مسلم (١٧٣١).

(٢) وهو ما رواه عبد الرزاق في المصنف (٩٤٢٧) عن علي رضي الله عنه أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال له حين بعثه: «لا تقاتِل قوماً حتىٰ تدعوَهم».

قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٥/٣٠٥: رواه الطبراني في الأوسط (٨٢٦٥)، ورجاله رجال الصحيح غير عثمان بن يحيىٰ، وهو ثقة. اهـ

(٣) أي لا تجب غرامةٌ بقتلهم؛ لعدم العاصم.

(٤) بنو المُصْطَلِق: بطنٌ شهيرٌ من خُزَاعة، وقد أصاب منهم النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم جُوَيْرِيَة بنت الحارث بن أبي ضِرار، وكان أبوها سيدَ قومه في بني المصطلق، وقد أسلم بعد ذلك، وصارت جويرية أُمَّاً للمؤمنين. ينظر فتح الباري ٥/١٧١.

(٥) أي غافلون. صحيح البخاري (٢٥٤١)، صحيح مسلم (١٧٣٠).

فإن أَبَوْا ذلك : استعانوا بالله عليهم، وحاربوهم.

ونَصَبُوا عليهم المَجَانِيقَ.

وعَهِدَ إلىٰ أسامةَ رضي الله عنه أن يُغِيْرَ علىٰ «أُبْنىٰ» صباحاً، ثم يُحَرِّقَ[١].

والغارةُ: لا تكونُ بدَعوةٍ.

قال: (فإن أَبَوْا ذلك: استعانوا بالله عليهم، وحاربوهم).

لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سليمان بن بُرَيْدة[٢]: «فإن أَبَوْا ذلك: فادْعُهم إلىٰ إعطاء الجزية...»، إلىٰ أن قال: «فإن أَبَوْها: فاستعِنْ بالله عليهم، وقاتِلْهم»[٣].

ولأن الله تعالىٰ هو الناصِرُ لأوليائه، والمُدَمِّرُ علىٰ أعدائه، فيُستعانُ به في كلِّ الأمور.

قال: (ونَصَبُوا عليهم المَجَانِيقَ)، كما نَصَبَ رسولُ الله عليه الصلاة والسلام علىٰ الطائف[٤].

---

(١) سنن أبي داود (٢٦١٦)، وسكت عنه، سنن ابن ماجه (٢٨٤٣)، وينظر الدراية ٢/١١٥، وأُبنىٰ: بوزن: حُبلىٰ: قريةٌ من قرىٰ مؤتة، من جهة البلقاء، كما في معجم البلدان ١/٧٩، ومؤتة الآن: في الأردن.

(٢) التابعي، المتوفىٰ سنة ١٠٥هـ، وله تسعون سنة، عن أبيه بريدة بن الحُصَيْب الأسلمي رضي الله عنه.

(٣) صحيح مسلم (١٧٣١).

(٤) سنن الترمذي (٢٧٦٢)، ولكنه رواه معضلاً، ولم يصِلْ سنده به، كما في نصب الراية ٣/٣٨٢، وقال الزيلعي أيضاً: رواه أبو داود في المراسيل (٣٣٥)، وابن =

وحَرِّقوهم، وأَرْسِلُوا عليهم الماءَ، وقَطَعُوا أشجارَهم، وأفسدوا زُروعَهم.

ولا بأس برَمْيِهم وإن كان فيهم مسلمٌ أسيرٌ، أو تاجرٌ.

(وحَرِّقوهم)؛ لأنه عليه الصلاة والسلام أحرقَ البُوَيْرة[1].

(وأَرْسِلُوا عليهم الماءَ، وقطَعُوا أشجارَهم، وأفسدوا زُروعَهم)؛ لأن في جميع ذلك إلحاقَ الكَبْتِ والغَيْظِ بهم، وكَسْرَ شَوْكَتِهم، وتفريقَ جَمْعِهم، فيكونُ مشروعاً.

قال: (ولا بأس برَمْيِهم وإن كان فيهم مسلمٌ أسيرٌ، أو تاجرٌ)؛ لأن في الرمي دَفْعَ الضررِ العامِّ بالذَّبِّ عن بَيْضة الإسلام[2]، وقَتْلُ الأسيرِ والتاجرِ: ضررٌ خاصٌّ.

ولأنه قلَّما يخلو حِصْنٌ عن مسلمٍ، فلو امتنع باعتباره: لانسدَّ بابُه.

سعد في الطبقات ٢/٥٩، والواقدي في المغازي ٣/٢٧، وينظر سنن البيهقي ٩/٨٤، والتلخيص الحبير ٤/١٠٤.

وقال في البناية ٩/١٢٧: ورواه العقيلي في الضعفاء مسنَداً من حديث عبد الله بن خراش، عن العوام بن حوشب عن أبي صادق، عن علي رضي الله عنه مرفوعاً.

(١) صحيح البخاري (٤٠٣١)، صحيح مسلم (١٧٤٦)، والبويرة هي: موضع نخل بني النضير، الذي أحرقه صلىٰ الله عليه وسلم، كما جاء في نصِّ الحديث في الصحيحين، وينظر معجم البلدان ١/٥١٢.

(٢) أي مجتمع أهل الإسلام، وفي المغرب ١/٩٦ (بيض) سمَّىٰ مجتمعَ أهل الإسلام: بيضةً؛ تشبيهاً ببيضة النعامة وغيرها؛ لأن تلك مجتمع الولد. البناية ٩/١٢٩.

وإن تترَّسوا بصِبْيان المسلمين، أو بالأُسارىٰ : لم يَكُفُّوا عن رميهم.

ويَقصِدُون بالرمي الكفارَ.

ولا بأسَ بإخراج النساءِ، والمصاحفِ مع المسلمين إذا كان عسكراً عظيماً يُؤمَنُ عليه، ويكره إخراجُ ذلك في سَرِيَّةٍ لا يُؤمَنُ عليها.

قال: (وإن تترَّسوا بصِبْيان المسلمين، أو بالأُسارىٰ: لم يكُفُّوا عن رميهم)؛ لِمَا بيَّنَّا.

(ويَقصِدُون بالرمي الكفارَ)؛ لأنه إن تعذَّر التمييزُ فعلاً، فلقد أمكن قصداً، والطاعةُ بحسب الطاقة.

وما أصابوه منهم: لا ديةَ عليهم، ولا كفارةَ؛ لأن الجهادَ فرضٌ، والغراماتُ لا تُقرَنُ بالفروض.

بخلاف حالةِ المَخمَصَةَ[1]؛ لأنه لا يَمتنعُ مخافةَ الضمان؛ لِمَا فيه من إحياء نفسِه، أما الجهادُ فبُنِيَ علىٰ إتلاف النفس، فيَمتنعُ حِذَارَ الضمان.

قال: (ولا بأسَ بإخراج النساءِ، والمصاحفِ مع المسلمين إذا كان عسكراً عظيماً يُؤمَنُ عليه[2])؛ لأن الغالبَ هو السلامةُ، والغالبُ كالمتحَقِّق.

قال: (ويكره إخراجُ ذلك في سَرِيَّةٍ لا يُؤمَنُ عليها[3])؛ لأن فيه تعريضَهنَّ علىٰ الضياع والفضيحة، وتعريضَ المصاحف علىٰ الاستخفاف، فإنهم يستخفُّون بها مغايظةً للمسلمين.

---

(١) أي المجاعة.

(٢) أي علىٰ العسكر أو إخراج النساء والمصاحف. البناية ٩/١٣١.

(٣) أي علىٰ السرية.

ولا تُقاتِلُ المرأةُ إلا بإذن زوجِها، ولا العبدُ إلا بإذن سيِّدِه.

وهو التأويلُ الصحيحُ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تسافِروا بالقرآن إلىٰ[1] أرضِ العدوِّ»[2].

ولو دخل مسلمٌ إليهم بأمانٍ: لا بأس بأن يَحمِلَ معه المصحفَ إذا كانوا قوماً يُوفُون بالعهد؛ لأن الظاهرَ عدمُ التعرُّض.

والعجائزُ يَخرُجْنَ في العسكر العظيمِ لإقامة عملٍ يَليقُ بهنَّ؛ كالطبخ، والسَّقْي، والمداواةِ.

وأما الشَّوَابُّ: فقَرارُهُنَّ[3] في البيوت؛ أدفعُ للفتنة.

ولا يُباشِرْنَ القتالَ؛ لأنه يُستدَلُّ به علىٰ ضعف المسلمين، إلا عند الضرورة.

ولا يُستحبُّ إخراجُهنَّ للمباضَعَة[4]، والخدمةِ، فإن كانوا لا بدَّ مُخرِجين: فبالإماء، دون الحرائر.

قال: (ولا تُقاتِلُ المرأةُ إلا بإذن زوجِها، ولا العبدُ إلا بإذن سيِّدِه)؛ لِمَا بيَّنَّا.

---

(١) وفي نُسخ: في.

(٢) صحيح البخاري (٢٩٩٠)، صحيح مسلم (١٨٦٩).

(٣) وفي نُسخ: فمُقامُهنَّ، وكُتِب علىٰ هذه الكلمة في النسخة السلطانية النفيسة بتاريخ ٧٩٧هـ: قرارُهنَّ: بخط المصنف. اهـ. قلت: وكأنه وقف علىٰ نسخة المصنف.

(٤) أي الجِماع.

إلا أن يَهجُمَ العدوُّ.

وينبغي للمسلمين أن لا يَغدِروا، ولا يَغُلُّوا، ولا يَمْثُلُوا.

(إلا أن يَهجُمَ العدوُّ)؛ للضرورة.

قال: (وينبغي للمسلمين أن لا يَغدِروا، ولا يَغُلُّوا، ولا يَمْثُلُوا)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تغُلُّوا، ولا تَغدِرُوا، ولا تَمْثُلُوا[1]»[2].

والغُلولُ: السرقةُ من المَغْنَم، والغَدْرُ: الخيانةُ ونَقْضُ العهد.

والمُثْلَةُ المَرْوِيةُ في قصة العُرَنيين[3]: منسوخةٌ بالنهي المتأخِّر[4]، هو المنقولُ.

---

(١) ويجوز بتشديد الثاء؛ للمبالغة. النهاية لابن الأثير (مثل).

(٢) صحيح مسلم (١٧٣١).

(٣) صحيح البخاري (٣٠٧٨)، صحيح مسلم (١٦٧١).

وقصَّة العرنيين هذه كما رواها مسلم: «أن ناساً من عُرينة قدِموا علىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، فاجتَوَوْها ـ أي مرضوا ـ، فقال لهم رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: إن شئتم أن تخرجوا إلىٰ إبل الصدقة، فتشربوا من ألبانها وأبوالها، ففعلوا، فصحُّوا، ثم مالوا علىٰ الرعاة، فقتلوهم، وارتدُّوا عن الإسلام، وساقوا ذَوْدَ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، فبلغ ذلك النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم، فبعث في إثرهم، فأُتِيَ بهم، فقطع أيديهم، وأرجلهم، وسَمَل أعينهم، وتركهم في الحَرَّة حتىٰ ماتوا».

وفي رواية البخاري: «ثم أمر بمسامير فأُحميت، فكحَّلهم بها، وطرحهم بالحرَّة يستسقون، فما يُسقَوْن حتىٰ ماتوا».

(٤) وهو ما روي من نهي النبي صلىٰ الله عليه وسلم عن المُثْلة، كما في صحيح البخاري (٢٤٧٤، ٤١٩٢)، وينظر: ناسخ الحديث ومنسوخه لابن شاهين ص ٢٦٩، والاعتبار للحازمي ص ١٩٩.

ولا يَقتلوا امرأةً، ولا صبيًّا، ولا شيخاً فانياً، ولا مُقعَداً، ولا أعمىً.

إلا أن يكونَ أحدُ هؤلاء ممن له رأيٌ في الحرب، أو تكونَ المرأةُ مَلِكَةً.

قال: (ولا يَقتلوا امرأةً، ولا صبيًّا، ولا شيخاً فانياً، ولا مُقعَداً، ولا أعمىً)؛ لأن المُبيحَ للقتل عندنا: هو الحِرابُ، ولا يتحقَّقُ منهم.

ولهذا لا يُقتَلُ يابِسُ الشِّقِّ، والمقطوعُ اليمنىٰ، والمقطوعُ يدُه ورِجْلُه من خِلاف.

والشافعيُّ[1] رحمه الله تعالىٰ يخالِفُنا في الشيخ الفاني، والمُقعَدِ، والأعمىٰ؛ لأن المبيحَ عندَه الكفرُ، والحُجَّةُ عليه ما بيَّنَّا.

وقد صحَّ أن النبي عليه الصلاة والسلام نهىٰ عن قَتْل الصبيان والذَّراري[2].

وحين رأىٰ رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم امرأةً مقتولةً: قال: «هاه!! ما كانت هذه تقاتِلُ، فلِمَ قُتِلَت؟!»[3].

قال: (إلا أن يكونَ أحدُ هؤلاء ممن له رأيٌ في الحرب، أو تكونَ المرأةُ مَلِكَةً)؛ لتعدِّي ضررِها إلىٰ العباد.

---

(١) عنه قولان، والأظهر أنه يقتل. كفاية النبيه ١٧/٤٤.

(٢) قال في الدراية ٢/١١٦: لم أجده هكذا، وإنما هو في حديث ابن عمر رضي الله عنهما «أن امرأة وُجدت في بعض مغازي رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم مقتولةً، فنهىٰ رسول الله صلىٰ الله عن قتل النساء والصبيان»: في صحيح البخاري (٣٠١٥)، صحيح مسلم (١٧٤٤ ـ ٢٥).

(٣) قال في الدراية ٢/١١٦: لم أجده هكذا، وبلفظ قريب عند أبي داود (٢٦٦٩)، وابن حبان (٤٧٨٩).

ولا يقتُلوا مجنوناً، ويكره أن يَبتدئَ الرجلُ أباهَ من المشركين فيَقتُلَه، فإن أدركه: امتنعَ عليه، حتىٰ يَقتُلَه غيرُه.

وكذا يُقتَلُ مَن قاتَلَ من هؤلاء؛ دفعاً لشرِّه، ولأن القتالَ مبيحٌ حقيقةً.

قال: (ولا يقتُلوا مجنوناً)؛ لأنه غيرُ مخاطَبٍ، إلا أن يقاتِلَ: فيُقتَلُ؛ دفعاً لشرِّه.

غيرَ أن الصبيَّ والمجنونَ يُقتَلان ما داما يقاتِلان، وغيرَهما: لا بأس بقتله بعد الأَسْر؛ لأنه من أهل العقوبة؛ لتوجُّه الخطابِ نحوَه.

وإن كان يُجَنُّ، ويُفِيقُ: فهو في حال إفاقتِه كالصحيح.

قال: (ويكره أن يَبتدئَ الرجلُ أباهَ من المشركين فيَقتُلَه)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿ وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾. لقمان/١٥.

ولأنه يجب عليه إحياؤه، بالإنفاق[1]، فيناقِضُه الإطلاقُ في إفنائه.

قال: (فإن أدركه: امتنعَ عليه، حتىٰ يَقتُلَه غيرُه)؛ لأن المقصودَ يحصُلُ بغيره من غير اقتحامِه المَأثَمَ.

وإن قَصَدَ الأبُ قَتْلَه، بحيثُ لا يُمكِنُه دَفْعُه إلا بقتله: لا بأس به؛ لأن مقصودَه هو الدفعُ.

ألا ترىٰ أنه لو شَهَرَ الأبُ المسلمُ سيفَه علىٰ ابنِه، ولا يُمكِنُه دَفْعُه إلا بقتله: يقتُلُه؛ لِمَّا بيَّنَّا، فهذا أَوْلىٰ، والله تعالىٰ أعلمُ بالصواب.

* * * * *

---

(١) عليه، والإنفاق عليه: سبب الإحياء. البناية ١٣٨/٩.

باب
المُوَادَعة، ومَن يجوزُ أمانُه

وإذا رأىٰ الإمامُ أن يُصالِحَ أهلَ الحربِ، أو فريقاً منهم، وكان في ذلك مصلحةٌ للمسلمين: فلا بأسَ به.

باب
المُوَادَعة، ومَن يجوزُ أمانُه

قال: (وإذا رأىٰ الإمامُ أن يُصالِحَ أهلَ الحربِ، أو فريقاً منهم، وكان في ذلك مصلحةٌ للمسلمين: فلا بأسَ به).

لقوله تعالىٰ: ﴿وَإِن جَنَحُواْ لِلسَّلۡمِ فَٱجۡنَحۡ لَهَا﴾. الأنفال/٦١.

ووادَعَ رسولُ الله عليه الصلاة والسلام أهلَ مكة عامَ الحديبية، علىٰ أن يضعَ الحربَ بينه وبينهم عشرَ سنين[١].

ولأن الموادَعةَ جهادٌ معنىً إذا كان خيراً للمسلمين؛ لأنَّ المقصودَ وهو دَفْعُ الشرِّ: حاصلٌ به.

ولا يَقتصِرُ الحكمُ علىٰ المدة المرويَّة؛ لتعدِّي المعنىٰ إلىٰ ما زاد عليها،

---

(١) سنن أبي داود (٢٧٦٠)، وسكت عنه، مسند أحمد (١٨٩١٠)، وينظر نصب الراية ٣٨٨/٣، التعريف والإخبار ٢٦٩/٣.

وإن صالَحَهُم مدةً، ثم رأىٰ نَقْضَ الصُّلحِ أنفعَ : نَبَذَ إليهم، وقاتَلَهم.

بخلاف ما إذا لم يكن خيراً؛ لأنه تَرْكُ الجهادِ صورةً ومعنىً.

قال: (وإن صالَحَهُم مدةً، ثم رأىٰ نَقْضَ الصُّلحِ أنفعَ: نَبَذَ إليهم، وقاتَلَهم)؛ لأنه عليه الصلاة والسلام نَبَذَ الموادَعَةَ التي كانت بينه وبين أهل مكة[١].

ولأن المصلحةَ لَمَّا تبدَّلت: كان النَّبْذُ جهاداً، وإيفاءُ[٢] العهدِ: تَرْكُ الجهادِ صورةً ومعنىً، فلا بدَّ من النَّبْذِ؛ تحرُّزاً عن الغَدْر.

وقد قال عليه الصلاة والسلام في العُهود: «وفاءٌ، لا غَدْرٌ»[٣].

ولا بدَّ من اعتبار مدةٍ يَبلُغُ فيها خبرُ النَّبْذِ إلىٰ جميعِهم، ويُكتَفىٰ في ذلك بمُضِيِّ مدةٍ يَتمكَّنُ مَلِكُهم بعد عِلْمِه بالنَّبْذ من إنفاذِ الخبرِ إلىٰ أطراف مَمْلَكتِه؛ لأن بذلك ينتفي الغَدْرُ.

---

(١) البدر المنير ٩/٢٢٦، وعزاه لابن إسحاق، وينظر المصنف لابن أبي شيبة (٣٦٩٠٢)، والطبراني في الكبير (١٠٥٢)، الدراية ٢/١١٧، التعريف والإخبار ٣/٢٧٠.

(٢) وفي نُسخ: إبقاء. قلت: والمعنىٰ: واحدٌ.

(٣) قال في الدراية ٢/١١٧: لم أجده مرفوعاً، ولأحمد (١٩٤٣٦) وأصحاب السنن (أبي داود ٢٧٥٩، الترمذي ١٥٨٠، النسائي ٨٦٧٩)، وابن حبان (٤٨٧١) من حديث عمرو بن عَبَسة أنه غزا مع معاوية، فكان يقول: الله أكبر، وفاءٌ، ولا غَدْرٌ، فسأله معاوية، فقال: سمعتُ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم يقول: مَن كان بينه وبين قومٍ عهدٌ: فلا يشدُّ عُقْدةً، ولا يَحُلُّها حتىٰ ينقضيَ أجلُها.

وإن بدؤوا بخيانةٍ: قاتَلَهم، ولم يَنْبِذْ إليهم إذا كان ذلك باتفاقهم.

وإن رأىٰ الإمامُ موادَعةَ أهلِ الحرب، وأن يأخذَ علىٰ ذلك مالاً: فلا بأسَ به.

قال: (وإن بدؤوا بخيانةٍ: قاتَلَهم، ولم يَنْبِذْ إليهم إذا كان ذلك باتفاقهم)؛ لأنهم صاروا ناقِضِيْن للعهد، فلا حاجةَ إلىٰ نَقْضِه.

بخلاف ما إذا دخل جماعةٌ منهم، فقطعوا الطريقَ، ولا مَنَعَةَ لهم، حيثُ لا يكونُ هذا نَقْضاً للعهد.

ولو كانت لهم مَنَعَةٌ، وقاتَلوا المسلمين عَلانيةً: يكون نَقْضاً للعهد في حَقِّهم، دونَ غيرهم؛ لأنه بغير إذنِ مَلِكِهم، ففِعْلُهم لا يلزمُ غيرَهم.

حتىٰ لو كان بإذن مَلِكِهم: صاروا ناقِضِيْن للعهد؛ لأنه باتفاقهم معنىً.

قال: (وإن رأىٰ الإمامُ موادَعةَ أهلِ الحرب، وأن يأخذَ علىٰ ذلك مالاً: فلا بأسَ به)؛ لأنه لَمَّا جازتِ الموادَعَةُ بغير المال، فكذا بالمال، لكنْ هذا إذا كان بالمسلمين حاجةٌ، أما إذا لم تكنْ: فلا يجوز؛ لِمَا بيَّنَّا من قبل.

والمأخوذُ من المال: يُصرَفُ مصارفَ الجزية.

هذا[1] إذا لم ينزلوا بساحتهم، بل أرسلوا رسولاً؛ لأنه في معنىٰ الجزية، أما إذا أحاط الجيشُ بهم، ثم أخذوا المالَ: فهو غنيمةٌ، يَخْمُسُها[2]، ويَقْسِمُ الباقي بينهم؛ لأنه مأخوذٌ بالقهر معنىً.

---

(١) لفظ: هذا: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٢) هكذا ضبطت في النسخ الخطية، ويجوز بتشديد الميم. المصباح المنير.

وأما المرتدُّون: فيوادِعُهمُ الإمامُ حتىٰ يَنظُرَ في أمرِهم.

ولا يأخذُ عليه مالاً، ولو أَخَذَه: لم يُرَدَّه.

ولا ينبغي أن يُباعَ السلاحُ من أهل الحرب، ولا يُجَهَّزَ إليهم.

قال: (وأما المرتدُّون: فيوادِعُهمُ الإمامُ حتىٰ يَنظُرَ[1] في أمرِهم)؛ لأن الإسلامَ مَرْجُوٌّ منهم، فجاز تأخيرُ قتالِهم؛ طَمَعاً في إسلامهم.

قال: (ولا يأخذُ عليه مالاً)؛ لأنه لا يجوزُ أَخْذُ الجزية منهم؛ لِمَا نبيِّن[2].

(ولو أَخَذَه: لم يُرَدَّه)؛ لأنه مالُ غيرِ معصومٍ.

ولو حاصر العدوُّ المسلمينَ، وطلبوا الموادَعَةَ علىٰ مالٍ يَدفعُه المسلمون إليهم: لا يَفعلُه الإمامُ؛ لِمَا فيه من إعطاءِ الدَّنِيَّة، وإلحاقِ المَذَلَّة بأهل الإسلام، إلا إذا خاف الهلاكَ؛ لأن دَفْعَ الهلاكِ واجبٌ بأيِّ طريقٍ يُمكن.

قال: (ولا ينبغي أن يُباعَ السلاحُ من أهل الحرب، ولا يُجَهَّزَ إليهم)؛ لأن النبي عليه الصلاة والسلام نهىٰ عن بيعِ السلاحِ من أهلِ الحرب، وحَمْلِه إليهم[3].

ولأن فيه تقويتَهم علىٰ قتال المسلمين، فيُمنَعُ من ذلك.

---

(١) وفي نُسخ: ينظروا.

(٢) أي في باب الجزية.

(٣) جاء عند البزار (٣٥٨٩)، والطبراني في الكبير (٢٨٦): نهىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم عن بيع السلاح في الفتنة، الدراية ٢/١١٧، التعريف والإخبار ٣/٢٧٢.

. . . .

وكذا الكُرَاعُ[١]، لِمَا بيَّنَّا.

وكذا الحديدُ؛ لأنه أصلُ السلاح.

وكذا بعدَ الموادَعَة؛ لأنها علىٰ شَرَفِ النَّقْض، أو الانقضاء، فكانوا حرباً علينا.

وهذا هو القياسُ في بيع الطعام والثوبِ، إلا أنَّا عَرَفْناه[٢] بالنصِّ، فإنه عليه الصلاة والسلام أَمَرَ ثُمَامَةَ رضي الله عنه أن يَمِيرَ أهلَ مكةَ، وهم حَرْبٌ عليه[٣]، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي الخيل.

(٢) أي عرفنا جوازَ ذلك بالنص.

(٣) أي علىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم، وقد عزاه في نصب الراية ٣/٢٩٢ لابن إسحاق، وأصله في صحيح البخاري (٤٣٧٢)، الدراية ٢/١١٨.

فصلٌ

وإذا أَمَّنَ رجلٌ حُرٌّ، أو امرأةٌ حُرَّةٌ، كافراً أو جماعةً، أو أهلَ حِصْنٍ أو مدينةٍ: صحَّ أمانُهم، ولم يكنْ لأحدٍ من المسلمين قتالُهم.

فصلٌ

في الأَمَان

قال: (وإذا أَمَّنَ[1] رجلٌ حُرٌّ، أو امرأةٌ حُرَّةٌ، كافراً أو جماعةً، أو أهلَ حِصْنٍ أو مدينةٍ: صحَّ أمانُهم، ولم يكنْ لأحدٍ من المسلمين قتالُهم).

والأصلُ فيه: قولُه عليه الصلاة والسلام: «المسلمون تتكافأ دماؤهم، ويسعىٰ بذِمَّتهم أدناهم»[2]، أي أقلُّهم، وهو الواحد.

ولأنه من أهل القتال، فيخافونَه، إذْ هو من أهلِ المَنَعَة، فيتحقَّقُ الأمانُ منه؛ لملاقاته مَحَلَّه، ثم يتعدَّىٰ إلىٰ غيره.

ولأن سببَه لا يتجزَّأُ، وهو الإيمانُ، فكذا الأمانُ لا يتجزَّأُ، فيتكاملُ، كولاية الإنكاح.

---

(١) وفي نُسخٍ: آمَنَ. قلتُ: كلاهما صحيح.

(٢) بلفظ: «ذمَّة المسلمين واحدةٌ، يسعىٰ بها أدناهم»: في صحيح البخاري (٣١٧٩)، وصحيح مسلم (١٣٧٠)، وباللفظ الذي ذكره المؤلِّف: في سنن أبي داود (٢٧٤٥، ٤٥١٩)، سنن ابن ماجه (٢٦٨٣)، وينظر نصب الراية ٣/٣٩٣.

إلا أنْ تكونَ في ذلك مفسدةٌ، فيَنْبِذُ الإمامُ إليهم.

ولو حاصر الإمامُ حِصْناً، وأمَّن واحدٌ من الجيش، وفيه مفسدةٌ: يَنبِذُ الإمامُ الأمانَ.

ولا يجوز أمانُ ذِمِّيٍّ، ولا أسيرٍ، ولا تاجرٍ يدخلُ عليهم.

قال: (إلا أنْ تكونَ في ذلك مفسدةٌ، فيَنْبِذُ الإمامُ إليهم)؛ كما إذا أمَّن الإمامُ بنفسه، ثم رأىٰ المصلحةَ في النَّبْذِ، وقد بيَّنَّاه.

قال: (ولو حاصر الإمامُ حِصْناً، وأمَّن واحدٌ من الجيش، وفيه مفسدةٌ: يَنبِذُ الإمامُ الأمانَ)؛ لِمَا بيَّنَّا، ويؤدِّبُه الإمامُ؛ لافْتِيَاتِه علىٰ رأيه.

بخلاف ما إذا كان فيه نَظَرٌ؛ لأنه ربما تفوتُ المصلحةُ بالتأخير، فكان معذوراً.

قال: (ولا يجوز أمانُ ذِمِّيٍّ)؛ لأنه متَّهمٌ بهم، وكذا لا ولايةَ له علىٰ المسلمين.

قال: (ولا أسيرٍ، ولا تاجرٍ يدخلُ عليهم)؛ لأنهما مقهوران تحت أيديهم، فلا يخافونَهما، والأمانُ يَختَصُّ بمَحَلِّ الخوف.

ولأنهما يُجبَران عليه، فيَعْرَىٰ الأمانُ عنِ المصلحة.

ولأنهم[1] كلَّما اشتدَّ الأمرُ عليهم: يجدون أسيراً أو تاجراً، فيتخلَّصون بأمانه، فلا ينفتِحُ لنا بابُ الفتح[2].

---

(١) أي الكفار.

(٢) أي فَتْحُ الإمام بلدةَ الكفار قهراً. حاشية النسخة السلطانية ٧٩٧هـ.

ولا يجوز أمانُ العبدِ المحجورِ عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، إلا أن يأذنَ له مولاه في القتال.

وقال محمدٌ رحمه الله : يصحُّ أمانُه.

ومَن أسلم في دار الحرب، ولم يُهاجِرْ إلينا: لا يصحُّ أمانُه؛ لِمَا بيَّنَّا.

قال: (ولا يجوز أمانُ العبدِ المحجورِ عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، إلا أن يأذنَ له مولاه في القتال.

وقال محمدٌ رحمه الله: يصحُّ أمانُه)، وهو قولُ الشافعي[١] رحمه الله.

وأبو يوسف رحمه الله معه في روايةٍ، ومع أبي حنيفة رحمه الله في روايةٍ.

لمحمدٍ رحمه الله: قولُه عليه الصلاة والسلام: «أمانُ العبد: أمانٌ»، رواه أبو موسىٰ الأشعري رضي الله عنه[٢].

ولأنه[٣] مؤمِنٌ ممتَنِعٌ، فيصحُّ أمانُه؛ اعتباراً بالمأذون له في القتال، وبالمؤبَّد من الأمان.

فالإيمانُ[٤]: لكونه شرطاً للعبادة، والجهادُ: عبادةٌ، والامتناعُ: لتحقُّق إزالةِ الخوف به.

---

(١) الحاوي ١٣/١٤٥.

(٢) قال في الدراية ٢/١١٨: لم أجده، ورواه عبد الرزاق في مصنفه (٣٤٣٦) موقوفاً علىٰ عمر رضي الله عنه، سنن سعيد بن منصور (٢٦٠٨)، التعريف والإخبار ٣/٢٧٦.

(٣) أي العبد.

(٤) أي فالإيمان شرطه في قولنا: ولأنه مؤمنٌ.

. . . .

والتأثيرُ[١]: إعزازُ الدين، وإقامةُ المصلحة في حقٍّ جماعة المسلمين، إذِ الكلامُ في مثل هذه الحالة[٢].

وإنما لا يملكُ المُسَايَفَةَ[٣]؛ لِمَا فيه[٤] من تعطيلِ منافعِ المولىٰ، ولا تعطيلَ في مجرد القول.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنه محجورٌ عن القتال، فلا يصح أمانُه لهم؛ لأنهم لا يخافونَه، فلا يُلاقي الأمانُ مَحَلَّه.

بخلاف المأذونِ له في القتال؛ لأنَّ الخوفَ منه متَحَقِّقٌ.

ولأنه إنما لا يملكُ المسايفةَ: لِمَا أنه تصرُّفٌ في حَقِّ المولىٰ علىٰ وجهٍ لا يَعرَىٰ عن احتمالِ الضررِ في حَقِّه.

والأمانُ نوعُ قتالٍ، وفيه ما ذكرناه[٥]؛ لأنه قد يُخطِيءُ[٦]، بل هو الظاهر.

---

(١) يعني في صحة قياس المحجور عليه علىٰ المأذون له، وقيل: معنىٰ العلة الجامعة في قياس العبد المحجور عليه علىٰ المأذون له. البناية ٩/١٥٤.

(٢) أي حالة المصلحة، وهو الأمانُ في الحر، فإذا وُجد في المحجور عليه: صح تعديته إليه.

(٣) أي المضاربة بالسيف.

(٤) أي في عمل المسايفة.

(٥) أي من احتمال الضرر.

(٦) أي لأن العبد قد يخطيء في القتال؛ لعدم ممارسته بأمر الحرب.

. . . .

وفيه[١] سدٌّ باب الاستغنام.

بخلاف المأذون؛ لأنه رضيَ به، والخطأُ نادرٌ؛ لمباشرته القتالَ.

وبخلاف المؤبَّد[٢]؛ لأنه خَلَفٌ عن الإسلام، فهو بمنزلة الدعوة إليه.

ولأنه مقابَلٌ بالجزية.

ولأنه مفروضٌ عند مسألتهم ذلك، وإسقاطُ الفرض: نَفْعٌ، فافترقا.

ولو أمَّنَ الصبيُّ، وهو لا يَعقِلُ: لا يصحُّ، كالمجنون.

وإن كان يَعقِلُ، وهو محجورٌ عن القتال: فعلىٰ الخلاف[٣].

وإن كان مأذوناً له في القتال: فالأصحُّ أنه يصحُّ، بالاتفاق[٤]، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي وفي الأمان.

(٢) أي الأمان المؤبد، وهو عقد الذمة، لأنه خَلَفٌ عن الإسلام من حيث إنه ينتهي به القتال المطلوب به: إسلامَ الحربي.

(٣) أي المذكور في العبد المحجور، فعند أبي حنيفة: لا يصح أمانُه، وعند محمد: يصح، وبه قال مالكٌ وأحمد في وجه، وبقول أبي حنيفة قال الشافعي وأحمد في وجه. البناية ٩/١٥٦.

(٤) أي بين أصحابنا.

باب
الغنائم، وقِسْمتها

وإذا فَتَحَ الإمامُ بلدةً عَنْوَةً فهو بالخيار: إن شاء قَسَمَها بين الغانمين، وإن شاء أقرَّ أهلَها عليها، ووَضَعَ عليهمُ الجزيةَ، وعلىٰ أراضيهم الخَرَاجَ.

باب
الغنائم، وقِسْمتها

قال: (وإذا فَتَحَ الإمامُ بلدةً عَنْوَةً)، أي قَهْراً: (فهو بالخيار: إن شاء قَسَمَها[١] بين الغانمين[٢]).

كما فَعَلَ رسولُ الله عليه الصلاة والسلام بخَيْبر[٣].

قال: (وإن شاء أقرَّ أهلَها عليها، ووَضَعَ عليهمُ الجزيةَ، وعلىٰ أراضيهم الخَرَاجَ)؛ كذلك فَعَلَ عمرُ رضي الله عنه بسَوَادِ العراق[٤]، بموافقةٍ من الصحابة رضي الله عنهم، ولم يُحمَدْ مَن خالفه.

---

(١) وفي نُسخ: قَسَمَه. قلت: أي قَسَمَ البلدة، بتأويل البلد. البناية ٩/١٥٧.

(٢) وفي نُسَخٍ: المسلمين.

(٣) صحيح البخاري (٢١٢٥، ٤٢٣٥)، الأموال لأبي عبيد ص ٥٨، وينظر التلخيص الحبير ٤/١١٥.

(٤) الأموال لأبي عبيد ص ٥٩، صحيح البخاري (٤٢٣٥)، وينظر نصب الراية ٣/٤٣٨، فتح الباري ٦/٢٢٤.

. . . .

وفي كلٍّ من ذلك[١] قُدْوةٌ، فيتخيَّر[٢].

وقيل: الأَوْلىٰ: هو الأول[٣] عند حاجة الغانمين.

والثاني[٤]: عند عدم الحاجة؛ ليكون عُدَّةً في الزمان الثاني[٥]، وهذا في العقار.

أما في المنقولِ المجرَّدِ: لا يجوزُ المَنُّ بالردِّ عليهم؛ لأنه لم يَرِدْ به الشرعُ فيه.

وفي العقار: خلافُ الشافعي[٦] رحمه الله؛ لأن في المَنِّ إبطالَ حقِّ الغانمين، أو مِلْكِهم، فلا يجوزُ من غير بَدَلٍ يعادِلُه، والخراجُ غيرُ معادِلٍ؛ لقِلَّته، بخلاف الرقاب؛ لأنَّ للإمام أن يُبطِلَ حَقَّهم رأساً بالقتل.

والحُجَّةُ عليه: ما رويناه.

ولأن فيه نظراً؛ لأنهم كالأَكَرَة[٧] العاملةِ للمسلمين، العالِمَةِ بوجوه

---

(١) أي بين القسمة والإقرار.

(٢) أي يتخيَّر الإمامُ بين القسمة والإقرار.

(٣) أي القسمة.

(٤) أي إقرار أهل البلد.

(٥) أي في الزمان الذي يأتي بعدهم.

(٦) نهاية المطلب ١١/٥٣٨.

(٧) أي المزارعين، من: أَكَرَ: أي حَرَثَ الأرض.

وهو في الأُسارىٰ بالخيار : إن شاء قَتَلَهم، وإن شاء استَرَقَّهم.
وإن شاء تَرَكَهم أحراراً ذِمَّةً للمسلمين إلا مُشرِكي العربِ، والمرتدِّين.
ولا يجوزُ أن يَردَّهم إلىٰ دار الحرب.

الزراعة، والمُؤَنُ مرتفعةٌ، مع ما أنه يَحظىٰ به الذين يأتون مِن المسلمين العامةِ مِن بعدهم.

والخراجُ وإن قلَّ حالاً: فقد جَلَّ مآلاً؛ لدوامه.

وإنْ مَنَّ عليهم بالرقاب والأراضي: يدفَعُ إليهم من المنقولات بقدر ما يَتهيَّأ لهمُ العملُ؛ ليَخرُجَ عن حَدِّ الكراهة.

قال: (وهو في الأُسارىٰ بالخيار: إن شاء قَتَلَهم)؛ لأنه عليه الصلاة والسلام قد قَتَلَ[١]، ولأن فيه حَسْمَ مادةِ الفساد.

(وإن شاء استَرَقَّهم)؛ لأن فيه دَفْعَ شرِّهم، مع وُفور المنفعةِ لأهل الإسلام.

(وإن شاء تَرَكَهم أحراراً ذِمَّةً للمسلمين)؛ لِمَا بيَّنّاه[٢].

(إلا مُشرِكي العربِ، والمرتدِّين)، علىٰ ما نُبَيِّنُ إن شاء الله تعالىٰ[٣].

قال: (ولا يجوزُ أن يَردَّهم إلىٰ دار الحرب)؛ لأن فيه تقوِيَتَهم علىٰ المسلمين.

---

(١) فيه عدة أحاديث، منها في صحيح مسلم (١٣٥٧) وغيره، مِنْ أَمْره صلىٰ الله عليه وسلم بقتل ابن خَطَل وهو متعلِّقٌ بأستار الكعبة، ينظر الدراية ٢/١١٩.

(٢) إشارة إلىٰ فعل عمر رضي الله عنه.

(٣) في باب الجزية.

وله أن يَسْتَرِقَّهم.

ولا يُفادَىٰ بهم أُسارَىٰ المسلمين عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يُفادَىٰ بهم أُسارَىٰ المسلمين.

فإن أسلموا: لا يَقتلُهم؛ لاندفاع الشرِّ بدونه[١].

(وله أن يَسْتَرِقَّهم)؛ توفيراً للمنفعة بعد انعقادِ سببِ الملك[٢].

بخلاف إسلامهم قبلَ الأخذ؛ لأنه لم ينعقدِ السببُ بعد.

قال: (ولا يُفادَىٰ بهم أُسارَىٰ المسلمين عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يُفادَىٰ بهم أُسارَىٰ المسلمين)، وهو قولُ الشافعي[٣] رحمه الله؛ لأن فيه تخليصَ المسلم، وهو أَوْلَىٰ من قَتْل الكافر، والانتفاعِ به.

وله: أن فيه معونةً[٤] للكَفَرة؛ لأنه يعودُ حَرْباً علينا.

ودَفْعُ شَرِّ حِرَابه: خيرٌ من استنقاذِ الأسيرِ المسلم؛ لأنه إذا بقِيَ في أيديهم كان ابتلاءً في حَقِّه، غيرَ مضافٍ إلينا، والإعانةُ بدفع أسيرهم إليهم: مضافٌ إلينا.

أما المفاداةُ بمالٍ يأخذُه[٥] منهم: لا يجوز، في المشهور من المذهب؛ لِمَا بيَّنَّا.

---

(١) أي بدون القتل.

(٢) وهو أخذهم وهم كفارٌ. البناية ١٦٣/٩.

(٣) الحاوي الكبير ٤٠٤/٨.

(٤) وفي نُسخ: تقويةً.

(٥) أي الإمام الحاكم، وفي نُسخ: نأخذه.

ولا يجوزُ المَنُّ عليهم.

وإذا أراد الإمامُ العَوْدَ إلىٰ دارِ الإسلام ومعه مَوَاشٍ، فلم يقدِرْ. . . . .

وفي «السِّيَر الكبير»: أنه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجةٌ؛ استدلالاً بأُسارىٰ بدر[1].

ولو كان أسلم الأسيرُ في أيدينا: لا يُفادَىٰ بمسلمٍ أسيرٍ في أيديهم؛ لأنه لا يُفيدُ إلا إذا طابَتْ نفسُه به، وهو مأمونٌ علىٰ إسلامه.

قال: (ولا يجوزُ المَنُّ عليهم)، أي علىٰ الأُسارىٰ.

خلافاً للشافعي[2] رحمه الله، فإنه يقولُ: مَنَّ رسولُ الله عليه الصلاة والسلام علىٰ بعض الأُسارَىٰ يومَ بدر[3].

ولنا: قوله تعالىٰ: ﴿ فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ ﴾. التوبة/٥.

ولأنه بالأَسْر والقَسْرِ: ثبت حَقُّ الاسترقاقِ فيه، فلا يجوزُ إسقاطُه بغير منفعةٍ وعِوَضٍ.

وما رواه: منسوخٌ بما تلوناه.

قال: (وإذا أراد الإمامُ العَوْدَ إلىٰ دارِ الإسلام ومعه مَوَاشٍ، فلم يقدِرْ

---

(١) حيث فادىٰ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم أُسارىٰ المشركين بفديةٍ أخذها منهم، كما في صحيح مسلم (١٧٦٣)، وينظر نصب الراية ٣/٤٠٢.

(٢) وكذلك عند الشافعية لا يجوز المن عليهم. البيان للعمراني ١٢/١٦٧.

(٣) سنن أبي داود (٢٦٩٢)، الدراية ٢/١١٩.

علىٰ نَقْلِها إلىٰ دار الإسلام: ذَبَحَها، وحَرَّقَها، ولا يَعقِرُها، ولا يترُكُها.

علىٰ نَقْلِها إلىٰ دار الإسلام: ذَبَحَها، وحَرَّقَها، ولا يَعقِرُها، ولا يترُكُها).

وقال الشافعيُّ[١] رحمه الله: يترُكُها؛ لأنه عليه الصلاة والسلام نهىٰ عن ذَبْحِ الشاة، إلا لِمَأْكُلَةٍ[٢].

ولنا: أن ذَبْحَ الحيوانِ يجوزُ لغرضٍ صحيحٍ، ولا غرضَ أصحُّ من كَسْرِ شوكةِ الأعداء.

ثم يُحَرَّقُ بالنار: لتنقطعَ منفعتُه عن الكفار، وصار كتخريب البنيان.

بخلاف التحريقِ قبلَ الذَّبْح: لأنه منهيٌّ عنه[٣].

وبخلاف العَقْر: لأنه مُثْلَةٌ.

وتُحرَّقُ الأسلحةُ أيضاً.

وما لا يَحتَرِقُ منها: يُدفَنُ في موضعٍ لا يَقِفُ عليه الكفارُ؛ إبطالاً للمنفعة عليهم.

---

(١) الحاوي الكبير ١٤/١٧٠.

(٢) قال في الدراية ٢/١٢٠: لم أجده، وروي موقوفاً، لكن العلامة قاسم في التعريف والإخبار ٣/٢٨٣ ذكر عن مراسيل أبي داود (٣١٦، ٥٤٣) مرفوعاً: «ولا تَقْتُلْ بهيمةً ليس لكَ بها حاجة».

(٣) بعموم النهي عن القتل بالنار فيما ورد في صحيح البخاري (٣٠١٦) من قوله صلىٰ الله عليه وسلم: «لا يعذِّب بها ـ النار ـ إلا الله».

ولا يَقسِمُ غنيمةً في دار الحرب، حتىٰ يُخرِجَها إلىٰ دار الإسلام

قال: (ولا يَقسِمُ غنيمةً في دار الحرب، حتىٰ يُخرِجَها إلىٰ دار الإسلام).

وقال الشافعيُّ[1] رحمه الله: لا بأسَ بذلك.

وأصلُه: أن المِلكَ للغانمين لا يثبتُ قبلَ الإحرازِ بدار الإسلام عندنا.

وعنده: يثبت.

وتُبتَنىٰ علىٰ هذا الأصل عدةٌ من المسائل، ذكرناها في «كفاية المنتهي» بتوفيق الله تعالىٰ.

له: أن سببَ الملك: الاستيلاءُ إذا وَرَدَ علىٰ مال مباحٍ، كما في الصيود، ولا معنىٰ للاستيلاء سوىٰ إثباتِ اليد، وقد تحقَّق.

ولنا: أنه عليه الصلاة والسلام نهىٰ عن بيع الغنيمة في دار الحرب[2].

والخلافُ ثابتٌ فيه[3]، والقسمةُ بيعٌ معنىً، فتدخلُ تحتَه.

ولأن الاستيلاءَ إثباتُ اليدِ الحافظةِ، والناقلةِ، والثاني[4]: مُنعدِمٌ؛ لقُدرتِهم علىٰ الاستنقاذ، ووجودِه ظاهراً.

ثم قيل: موضعُ الخلافِ تَرَتُّبُ الأحكامِ علىٰ القسمة إذا قَسَمَ الإمامُ، لا عن اجتهادٍ؛ لأن حكمَ الملكِ لا يثبتُ بدونه.

---

(١) الحاوي الكبير ١٤/١٦٥.

(٢) قال في الدراية: لم أجده، وكذلك في التعريف والإخبار ٣/٢٨٣.

(٣) أي الخلاف المذكور بيننا وبين الشافعي ثابتٌ في البيع. البناية ٩/١٦٩.

(٤) أي إثبات اليد الناقلة.

والرِّدْءُ والمقاتِلُ في العسكر : سواءٌ.

وإذا لَحِقَهمُ المَدَدُ في دار الحرب قبلَ أن يُخرِجوا الغنيمةَ إلىٰ دار الإسلام : شاركوهم فيها.

وقيل: الكراهةُ، وهي كراهةُ تنزيهٍ عند محمدٍ رحمه الله.

فإنه قال[1] علىٰ قولِ أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: لا تجوزُ القسمةُ في دار الحرب.

وعند محمدٍ رحمه الله: الأفضلُ أنْ يَقسِمَ في دار الإسلام.

ووجهُ الكراهة: أن دليلَ البطلانِ راجحٌ، إلا أنه تقاعَد عن سَلْبِ الجواز، فلا يتقاعدُ عن إيراثِ الكراهة.

قال: (والرِّدْءُ[2] والمقاتِلُ في العسكر: سواءٌ)؛ لاستوائهم في السبب، وهو المجاوَزَةُ، أو شهودُ الوَقْعة، علىٰ ما عُرِف.

وكذلك إذا لم يقاتِلْ لمرضٍ أو غيرِه؛ لِمَا ذكرنا.

قال: (وإذا لَحِقَهمُ المَدَدُ في دار الحرب قبلَ أن يُخرِجوا الغنيمةَ إلىٰ دار الإسلام: شاركوهم فيها).

خلافاً للشافعي[3] رحمه الله بعدَ انقضاءِ القتال.

---

(١) أي الإمام محمدٌ رحمه الله.

(٢) هو العَوْن.

(٣) نهاية المطلب ١١/٤٩٧.

ولا حَقَّ لأهل سُوقِ العسكرِ في الغنيمة، إلا أن يقاتِلوا.

وهو[١] بناءٌ علىٰ ما مهَّدناه من الأصل[٢].

وإنما يَنقطعُ حَقُّ المشاركة عندنا بالإحراز، أو بقسمة الإمام في دار الحرب، أو ببيعه المَغانمَ فيها؛ لأنَّ بكلٍّ واحدٍ من ذلك يتمَّ الملكُ، فينقطعُ حقُّ[٣] شركةِ المَدَد.

قال: (ولا حَقَّ لأهل سُوقِ العسكرِ في الغنيمة، إلا أن يقاتِلوا).

وقال الشافعي[٤] رحمه الله في أحد قولَيْه: يُسهَمُ لهم؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الغنيمةُ لمَن شَهِدَ الوَقْعة»[٥].

ولأنه وُجِدَ الجهادُ معنىً، بتكثير السَّواد.

ولنا: أنه لم توجدِ المجاوَزةُ علىٰ قَصْدِ القتال، فانعدم السببُ الظاهرُ[٦]، فيُعتبرُ السببُ الحقيقي، وهو القتالُ، فيفيدُ الاستحقاقَ علىٰ

---

(١) أي المذكور من الخلاف.

(٢) أنَّ سببَ ملك الغانمين: تمامُ القهر، وذلك بالإحراز بدار الإسلام عندنا، وعنده: بتمام الانهزام. البناية ١٧٢/٩.

(٣) لفظ: حق: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٤) الحاوي الكبير ٤٢٦/٨.

(٥) روي موقوفاً عن عمر رضي الله عنه بإسناد صحيح، لا مرفوعاً، كما في نصب الراية ٤٠٨/٣، فتح الباري ٢٢٢/٦، وهو موقوف في مصنف عبد الرزاق (٩٦٨٩)، مصنف ابن أبي شيبة (٣٣٢٢٥)، وينظر لرفعه منية الألمعي ص٣٩٥.

(٦) وهو مجاوزة الدرب علىٰ قصد القتال.

وإن لم تكن للإمام حَمُولةٌ يَحمِلُ عليها الغنائمَ إلىٰ دار الإسلام: قَسَمَها بين الغانمين قسمةَ إيداعٍ؛ ليَحْمِلوها إلىٰ دار الإسلام، ثم يَرتجِعُها منهم، فيقسِمُها.

حَسَبِ حالِه، فارِساً، أو راجِلاً عند القتال.

وما رواه: موقوفٌ علىٰ عمر رضي الله عنه.

أو تأويلُه: أن يَشهدَها علىٰ قصدِ القتال.

قال: (وإن لم تكن للإمام حَمُولةٌ يَحمِلُ عليها الغنائمَ إلىٰ دار الإسلام: قَسَمَها بين الغانمين قسمةَ إيداعٍ؛ ليَحْمِلوها إلىٰ دار الإسلام، ثم يَرتجِعُها منهم، فيقسِمُها).

قال العبدُ الضعيف: هكذا ذَكَرَ في «المختصر»، ولم يَشترِطْ رضاهم، وهو روايةُ «السِّيَر الكبير».

والجملةُ في هذا: أن الإمامَ إذا وَجَدَ في المَغنَمِ حَمولةً: يَحمِلُ الغنائمَ عليها؛ لأن الحَمولةَ والمَحمولَ عليها مالُهُم.

وكذا إذا كان في بيتِ المالِ فَضْلُ حَمولةٍ؛ لأنه مال المسلمين.

ولو كان للغانمين أو لبعضهم: لا يُجبِرُهم في رواية «السِّيَر الصغير»؛ لأنه ابتداءُ إجارةٍ[1]، وصار كما إذا نَفَقَتْ دابتُه[2] في مَفازةٍ، ومع رفيقِه فَضْلُ حَمولةٍ[3].

---

(١) فلا يجوز.

(٢) وفي نُسخ: دابةٌ.

(٣) حيث لا يُجبر علىٰ الحمل بأجر المِثل بلا رضاه، فكذا هذا. البناية ٩/١٧٥.

ولا يجوزُ بيعُ الغنائم قبلَ القسمةِ في دارِ الحربِ.

ومَن مات من الغانمين في دار الحرب: فلا حَقَّ له في الغنيمة، ومَن مات منهم بعدَ إخراجِها إلىٰ دار الإسلام: فنصيبُه لورثته.

ولا بأسَ بأن يَعْلِفَ العسكرُ في دار الحرب، ويأكلوا ما وجدوه من الطعام.

ويُجبِرُهم في رواية «السِّيَر الكبير»؛ لأنه دَفْعُ الضررِ العام بتحمُّل ضررٍ خاصٍّ.

قال: (ولا يجوزُ بيعُ الغنائم قبلَ القسمةِ في دارِ الحربِ)؛ لأنه لا مِلْكَ قبلَها.

وفيه خلافُ الشافعي[1] رحمه الله، وقد بيَّنَّا الأصلَ.

قال: (ومَن مات من الغانمين في دار الحرب: فلا حَقَّ له في الغنيمة، ومَن مات منهم بعدَ إخراجِها إلىٰ دار الإسلام: فنصيبُه لورثته)؛ لأن الإرثَ يجري في الملك، ولا ملكَ قبلَ الإحراز، وإنما الملكُ بعده.

وقال الشافعي[2] رحمه الله: مَن مات منهم بعد استقرارِ الهزيمة: يورَثُ نصيبُه؛ لقيام الملكِ فيه عنده، وقد بيَّنَّاه.

قال: (ولا بأسَ بأن يَعْلِفَ العسكرُ في دار الحرب، ويأكلوا ما وجدوه من الطعام).

---

(١) بل يجوز عنده بيعها. المجموع ١٩/٣٣٥.

(٢) تحفة المحتاج ٩/٢٦١.

. . . .

قال العبدُ الضعيف: أرسل[١]، ولم يُقيِّدْه[٢] بالحاجة، وقد شَرَطَها[٣] في روايةٍ، ولم يشترِطْها في روايةٍ أخرىٰ[٤].

وجهُ الأُولىٰ: أنه مشتركٌ بين الغانمين[٥]، فلا يُباحُ الانتفاعُ به إلا للحاجة، كما في الثيابِ، والدواب.

وَجْهُ الأخرىٰ: قولُه عليه الصلاة والسلام في طعام خَيْبر: «كُلُوها، واعلِفُوها، ولا تَحمِلُوها»[٦].

ولأن الحكمَ يُدارُ علىٰ دليلِ الحاجة، وهو كونُه في دار الحرب؛ لأن الغازيَ لا يستصحِبُ قُوْتَ نفسِه، وعَلَفَ ظَهْرِه[٧] مدةَ مُقامِه فيها، والمِيْرةُ منقطعةٌ، فبقيَ علىٰ أصل الإباحة؛ للحاجة، بخلاف السلاح؛ لأنه يَستصحِبُه، فانعدم دليلُ الحاجة.

---

(١) أي الإمام محمد رحمه الله، كما هو في عدة حواشٍ علىٰ عدد من النُّسخ، وفي البناية ٩/١٧٦، وفي حواشي عددٍ من النسخ: أَرسَلَ: أي أَطْلَقَ القدوري.

(٢) أي القدوري رحمه الله.

(٣) أي الإمام محمد رحمه الله في رواية السير الصغير.

(٤) أي رواية السير الكبير.

(٥) قوله: بين الغانمين: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٦) بلفظ: «كلوا واعلفوا ولا تحملوا»: مسند الحارث (بغية الباحث ٦٧٢) معرفة السنن والآثار للبيهقي (١٧٨٧٧)، سنن البيهقي (١٨٠٠٤)، الدراية ٢/١٢١.

(٧) أي دابته.

ويستعملوا الحَطَبَ.

ويدَّهِنوا بالدُّهن، ويُوَقِّحُوا به الدابةَ.

ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح، كلُّ ذلك بلا قسمةٍ.

ولا يجوزُ أن يبيعوا من ذلك شيئاً، ولا يَتموَّلونه.

وقد تَمَسُّ الحاجةُ إليه؛ فتُعتبرُ حقيقتُها، فيستعمِلُه، ثم يَردُّه في المَغنَم إذا استغنىٰ عنه.

والدابةُ: مثلُ السلاحِ[١].

والطعامُ: كالخُبزِ واللحم، وما يُستعمَلُ فيه[٢]: كالسمن، والزيت.

قال: (ويستعملوا الحَطَبَ) ـ وفي بعض النُّسَخ[٣]: الطِّيْبَ ـ.

(ويدَّهِنوا بالدُّهن، ويُوَقِّحُوا به الدابةَ[٤])؛ لمِسَاسِ الحاجة إلىٰ جميع ذلك.

قال: (ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح، كلُّ ذلك بلا قسمةٍ).

وتأويلُه: إذا احتاجَ إليه، بأن لم يكن له سلاحٌ، وقد بيَّنَّاه.

قال: (ولا يجوزُ أن يبيعوا من ذلك شيئاً، ولا يَتموَّلونه).

---

(١) أي يُعتبر فيها حقيقة الحاجة.

(٢) أي في الخبز.

(٣) أي نُسخ القدوري. البناية ٩/١٧٧.

(٤) توقيح الدابة هو: تصليب حافرها بالشحم المُذاب إذا رَقَّ من كثرة المشي. البناية ٩/١٧٨، وفي نُسخ: يَرْقحوا، والترقيح: هو الإصلاح، بمعنىٰ: يُوَقِّحوا.

. . . .

لأن البيعَ يترتَّبُ علىٰ الملك، ولا ملكَ، علىٰ ما قدَّمناه، وإنما هو إباحةٌ، وصار كالمباحُ له الطعامُ.

وقولُه: ولا يتموَّلونه: إشارةٌ إلىٰ أنهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعُروض؛ لأنه لا ضرورةَ إلىٰ ذلك.

فإن باعه أحدُهم: رَدَّ الثمنَ إلىٰ الغنيمة؛ لأنه بدلُ عينٍ كانت[1] للجماعة.

وأما الثيابُ والمتاعُ: فيكره الانتفاعُ بها قبلَ القسمة من غير حاجة؛ للاشتراك، إلا أنه يَقسِمُ الإمامُ بينهم في دار الحرب إذا احتاجوا إلىٰ الثيابِ والدوابِ والمتاع؛ لأن المُحرَّمَ يُستباحُ للضرورة، فالمكروه أوْلىٰ.

وهذا لأن حَقَّ المَدَد محتمِلٌ، وحاجةُ هؤلاء متيقَّنٌ بها، فكان أَوْلىٰ بالرعاية.

ولم يَذْكُرِ[2] القسمةَ في السلاح، ولا فَرْقَ في الحقيقة[3]؛ فإنه إذا احتاج واحدٌ: يُباحُ له الانتفاعُ في الفصلَيْن[4].

وإن احتاج الكلُّ: يَقسِمُ في الفصلَيْن، بخلاف ما إذا احتاجوا إلىٰ السَّبْيِ: حيث لا يُقسَمُ؛ لأن الحاجةَ إليه[5] من فضولِ الحوائج.

---

(١) وفي نُسخ: كان.

(٢) أي الإمام محمد رحمه الله في كتاب السير.

(٣) أي لا فرق بين السلاح وبين الثياب والمتاع والدواب في جواز القسمة عند الحاجة.

(٤) أي في فصل السلاح، وفصل الثياب والدواب والمتاع.

(٥) أي خدمة الوطء والخدمة.

ومَن أسلم منهم : أحرز بإسلامه نفسَه، وأولادَه الصغارَ، وكلَّ مالٍ هو في يده، أو وديعةً في يدِ مسلمٍ أو ذميٍّ.

فإن ظَهَرْنا علىٰ دار الحرب : فعقارُه فَيْءٌ.

قال: (ومَن أسلم منهم)، معناه في دار الحرب: (أحرز بإسلامه نفسَه)؛ لأن الإسلامَ ينافي ابتداءَ الاسترقاق.

(وأولادَه الصغارَ) لأنهم مسلِمون بإسلامه تَبَعاً.

(وكلَّ مال هو في يده)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن أسلم علىٰ مالٍ: فهو له»[1].

ولأنه سَبَقَتْ يدُه الحقيقيةُ إليه يدَ الظاهرِيْنَ عليه.

قال: (أو وديعةً في يدِ مسلمٍ أو ذميٍّ)؛ لأنه في يدٍ صحيحةٍ[2] محترمةٍ، ويدُه[3]: كيدِه.

قال: (فإن ظَهَرْنا علىٰ دار الحرب[4]: فعقارُه فَيْءٌ).

وقال الشافعي[5] رحمه الله: هو له؛ لأنه في يدِه، فصار كالمنقول.

---

(١) عزاه في نصب الراية ٣/ ٤١٠ إلىٰ أبي يعلىٰ الموصلي في مسنده (٥٨٤٧)، وابن عدي في الكامل ٨/ ٥٣٥، وأشار إلىٰ ضعفه، ولكن ذكر له شواهد تقويه، وينظر التعريف والإخبار ٣/ ٣١٧.

(٢) احتُرز بالصحيحة: عن يد الغاصب، واحتُرز بالمحترمة: عن يد الحربي.

(٣) أي يدُ المودَع: كيد المالك.

(٤) وفي نُسخ: علىٰ الدار.

(٥) الأم ٧/ ٣٨٨، البيان ١٢/ ١٦٧.

وزوجتُه : فَيْءٌ، وكذا حَمْلُها : فَيْءٌ.

وأولادُه الكبارُ : فَيْءٌ، ومَن قاتَلَ مِن عبيدِه : فَيْءٌ.

ولنا: أن العقارَ في يد أهلِ الدارِ وسلطانها، إذ هو من جملةِ دارِ الحرب، فلم يكن في يدِه حقيقةً.

وقيل: هذا قولُ أبي حنيفة وأبي يوسف الآخِرُ رحمهما الله.

وفي قولِ محمدٍ رحمه الله، وهو قولُ أبي يوسف الأولُ رحمه الله: هو كغيره من الأموال؛ بناءً علىٰ أن اليدَ حقيقةً لا تثبتُ علىٰ العقار عندهما، وعند محمدٍ رحمه الله تثبتُ.

قال: (وزوجتُه: فَيْءٌ)؛ لأنها كافرةٌ حربيةٌ، لا تتبعُه في الإسلام.

قال: (وكذا حَمْلُها: فَيْءٌ).

خلافاً للشافعي[1] رحمه الله، هو يقول: إنه[2] مسلمٌ تَبَعاً، كالمنفصل.

ولنا: أنه جزؤها، فيَرِقُّ برِقِّها، والمسلمُ مَحَلٌّ للتملُّك تَبَعاً لغيره، بخلاف المنفصل؛ لأنه حُرٌّ؛ لانعدام الجزئيةِ عند ذلك.

قال: (وأولادُه الكبارُ: فَيْءٌ)؛ لأنهم كفارٌ حربيون، ولا تبعيةَ.

قال: (ومَن قاتَلَ مِن عبيدِه: فَيْءٌ)؛ لأنه لَمَّا تَمَرَّد علىٰ مولاه: خَرَجَ من يده، فصار تَبَعاً لأهل دارهم.

---

(١) البيان ١٢/١٦٧.

(٢) أي الحَمْل.

وما كان من مالِه في يدِ حربيٍّ: فهو فَيْءٌ.

وما كان غصباً في يدِ مسلمٍ أو ذميٍّ: فهو فَيْءٌ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال محمدٌ رحمه الله: لا يكون فيئاً.

قال: (وما كان من مالِه في يدِ حربيٍّ: فهو فَيْءٌ)، غصباً كان أو وديعةً؛ لأن يدَه ليست بمحترَمةٍ.

قال: (وما كان غصباً في يدِ مسلمٍ أو ذميٍّ: فهو فَيْءٌ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال محمدٌ[1] رحمه الله: لا يكون فيئاً).

قال العبدُ الضعيف رحمه الله: كذا ذَكَرَ محمدٌ الاختلافَ[2] في «السِّيَر الكبير».

وذكروا في شروح[3] «الجامع الصغير» قولَ أبي يوسف مع قولِ محمدٍ[4] رحمهما الله.

لهما[5]: أن المالَ تابعٌ للنفس، وقد صارت معصومةً بإسلامه، فيَتبعُها مالُه فيها.

وله: أنه مالٌ مباحٌ، فيُملَكُ بالاستيلاء، والنفسُ لم تَصِرْ معصومةً

---

(١) وفي نُسخ: وقالا، وفي حاشية نسخة ٧٩٧هـ: وقال محمد: أصح.

(٢) أي بين أبي حنيفة ومحمد، دون ذكر أبي يوسف رحمهم الله.

(٣) وفي نُسخ: شرح.

(٤) وفي نسخة سعدي: أبي حنيفة: بدل: محمد.

(٥) أي لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

وإذا خرج المسلمون من دار الحرب : لم يَجُزْ أن يَعلِفُوا من الغنيمة، ولا يأكلوا منها، ومَن فَضَلَ معه عَلَفٌ أو طعامٌ : رَدَّه إلىٰ الغنيمة .

بالإسلام، ألا ترىٰ أنها ليست بمتقوِّمةٍ، إلا أنه مُحَرَّمُ التعرضِ في الأصل[١]؛ لكونه مكلَّفاً، وإباحةُ التعرُّضِ بعارضِ شَرِّه، وقد اندفع بالإسلام.

بخلاف المال؛ لأنه خُلِقَ عُرضةً للامتهان، فكان مَحَلاًّ للتملك، وليس[٢] في يده حُكماً، فلم تثبتِ العصمة.

قال: (وإذا خرج المسلمون من دار الحرب: لم يَجُزْ أن يَعلِفُوا من الغنيمة، ولا يأكلوا منها)؛ لأن الضرورةَ قد ارتفعت[٣]، والإباحةُ باعتبارها.

ولأن الحقَّ قد تأكَّد، حتىٰ يُورَثُ نصيبُه، ولا كذلك قبلَ الإخراج إلىٰ دار الإسلام.

قال: (ومَن فَضَلَ معه عَلَفٌ أو طعامٌ: رَدَّه إلىٰ الغنيمة)، معناه: إذا لم تُقسَم.

وعن الشافعي[٤] رحمه الله تعالىٰ مثلُ قولِنا، وعنه: أنه لا يُرَدُّ؛ اعتباراً بالمُتَلَصِّص.

---

(١) هذا في الحقيقة جوابٌ عما يُقال: لو لم تكن معصومةً لما كان يحرم التعرض، كالحربي، وليس كذلك، وتقدير الجواب: أنه يحرم التعرض في الأصل، يعني في نفس الأمر. البناية ١٨٥/٩.

(٢) وفي نسخ: وليست.

(٣) وفي نُسخ: اندفعت.

(٤) مغني المحتاج ٢٣١/٤.

ولنا: أن الاختصاصَ ضرورةُ[1] الحاجةِ، وقد زالت.

بخلاف المتلصِّص؛ لأنه كان أحَقَّ به قبلَ الإحراز، فكذا بعده.

وبعد القسمة: تصدَّقوا به إن كانوا أغنياءَ، وانتفعوا به إن كانوا مَحَاويجَ؛ لأنه صار في حُكْمِ اللُّقَطة؛ لتعذُّر الردِّ علىٰ الغانمين.

وإن كانوا انتفعوا به بعدَ الإحراز: تُرَدُّ قيمتُه إلىٰ المَغنم إن كان لم يُقْسَم.

وإن قُسِمَتِ الغنيمةُ: فالغنيُّ يتصدَّقُ بقيمته، والفقيرُ لا شيءَ عليه؛ لقيام القيمةِ مَقامَ الأصل، فتأخُذُ[2] حُكمَه، والله تعالىٰ أعلمُ بالصواب.

* * * * *

---

(١) وضُبطت في نُسخٍ بالنصب: ضرورةَ.

(٢) أي القيمة.

فصلٌ في كيفية القِسْمة

ويَقسِمُ الإمامُ الغنيمةَ، فيُخرِجُ خُمُسَها، ويَقسِمُ الأربعةَ الأخماسِ بين الغانِمين.

ثم للفارس: سهمان، وللرَّاجِلِ: سهمٌ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: للفارس ثلاثةُ أسهم.

فصلٌ في كيفية القِسْمة

قال: (ويَقسِمُ الإمامُ الغنيمةَ، فيُخرِجُ خُمُسَها).

لقوله تعالىٰ: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾. الأنفال/٤١، استثنىٰ الخُمُس[١].

(ويَقسِمُ الأربعةَ الأخماسِ بين الغانِمين)؛ لأنه عليه الصلاة والسلام قَسَمَها بين الغانمين[٢].

(ثم للفارس: سهمان، وللرَّاجِلِ: سهمٌ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: للفارس ثلاثةُ أسهم)، وهو قولُ الشافعي[٣] رحمه الله.

---

(١) أي استثنىٰ الله الخمس لنفسه، ويكون لليتامىٰ والمساكين وأبناء السبيل، وسيأتي.

(٢) الأموال لأبي عبيد ص٢١، المعجم الكبير للطبراني (١٢٦٦٠)، الدراية ١٢٢/٢.

(٣) الحاوي الكبير ٤١٥/٨.

. . . .

لِمَا روىٰ ابنُ عمر رضي الله عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام أسهَمَ للفارس ثلاثةَ أسهمٍ، وللراجِلِ سهماً[١].

ولأن الاستحقاقَ بالغَنَاء، وغَناؤه علىٰ ثلاثة أمثالِ الراجِلِ؛ لأنه للكَرِّ والفَرِّ والثباتِ، والراجِلُ: للثبات، لا غيرُ.

ولأبي حنيفة رحمه الله: ما روىٰ ابنُ عباسٍ رضي الله عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام أعطىٰ الفارسَ سهمين، والرَّاجِلَ سهماً[٢].

فتعارضَ فِعلاه، فيُرجَعُ إلىٰ قولِه[٣]، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «للفارس: سهمان، وللراجل: سهمٌ»[٤].

كيف وقد رُوي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام قَسَمَ للفارس سهمين، وللراجل سهماً[٥].

وإذا تعارضت روايتاه[٦]: تُرجَّحُ روايةُ غيرِه.

---

(١) صحيح البخاري (٤٢٢٨)، نصب الراية ٣/٤١٣.

(٢) المعجم الكبير للطبراني (٦١٤)، وأخرجه الكرخي في مختصره، كما في التعريف والإخبار ٣/٢٩٠، وينظر نصب الراية ٣/٤١٦، منية الألمعي ص٣٩٥.

(٣) ينظر البناية ٩/١٩١.

(٤) ينظر نصب الراية ٣/٤٢١، الدراية ٢/١٢٣، التعريف والإخبار ٣/٢٩٠ وقد توسع العلامة قاسم بذكر الروايات.

(٥) ينظر الحاشية السابقة.

(٦) أي روايتا ابن عمر رضي الله عنهما.

ولا يُسْهَمُ إلا لفَرَسٍ واحدٍ.

ولأن الكَرَّ والفَرَّ من جنسٍ واحدٍ، فيكون غَناؤه مثلَيْ غَناء الراجِل، فيُفضَّلُ عليه بسهمٍ.

ولأنه تعذَّر اعتبارُ مقدارِ الزيادة؛ لتعذُّر معرفته، فيُدارُ الحكمُ علىٰ سببٍ ظاهرٍ، وللفارس سببان: النفسُ، والفرسُ، وللراجِلِ سببٌ واحدٌ، فكان استحقاقُه علىٰ ضِعفِه.

قال: (ولا يُسْهَمُ إلا لفَرَسٍ واحدٍ).

وقال أبو يوسف رحمه الله: يُسْهَمُ لفرسَيْن؛ لِمَا رُوِيَ أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام أسهم لفرسَيْن[1].

ولأن الواحدَ قد يَعْيَا، فيَحتاجُ إلىٰ الآخَر.

ولهما[2]: أن البراءَ بن أوسٍ رضي الله عنه قادَ فرسَيْن، فلم يُسهِمْ رسولُ الله عليه الصلاة والسلام إلا لفرسٍ واحد[3].

ولأن القتالَ لا يتحقَّقُ بفرسَيْن دَفْعةً واحدةً، فلا يكونُ السببُ الظاهرُ مُفْضِياً إلىٰ القتال عليهما، فيُسهَمُ لواحدٍ، ولهذا لا يُسهَمُ لثلاثةِ أفراسٍ.

---

(١) سنن الدارقطني (٤١٧٧)، سنن سعيد بن منصور (٢٧٧٤)، الدراية ٢/١٢٤.

(٢) أي لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

(٣) قال في الدراية ٢/١٢٤: لم أجده، وقال في التعريف والإخبار ٣/٢٩٧: أخرجه الشافعي، وينظر منية الألمعي ص٣٩٦، وسنن البيهقي (١٧٩٦٤).

والبَراذِيْنُ، والعِتاقُ: سواءٌ.

ومَن دخل دارَ الحرب فارساً، فنَفَقَ فرسُه: استَحَقَّ سهمَ فارسٍ.

وما رواه[١]: محمولٌ علىٰ التنفيل، كما أعطىٰ سلمةَ بنَ الأكوع رضي الله عنه سهمَيْن وهو راجِلٌ[٢].

قال: (والبَراذِيْنُ[٣]، والعِتاقُ[٤]: سواءٌ)؛ لأنَّ الإرهاب مضافٌ إلىٰ جنس الخيل في الكتاب.

قال الله تعالىٰ: ﴿وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾. الأنفال/٦٠.

واسمُ الخيل: ينطلِقُ علىٰ البراذِيْن، والعِراب، والهَجِينُ، والمُقْرِفِ[٥] إطلاقاً واحداً.

ولأن العربيَّ إن كان في الطلب والهَرَب أقوىٰ: فالبِرْذَوْنُ أصبرُ، وألينُ عِطْفاً، ففي كلٍّ واحدٍ منهما منفعةٌ معتبرةٌ، فاستويا.

قال: (ومَن دخل دارَ الحرب فارساً، فنَفَقَ فرسُه: استَحَقَّ سهمَ فارسٍ[٦]).

---

(١) أي أبو يوسف رحمه الله.

(٢) صحيح مسلم (١٨٠٧).

(٣) جمع: بِرْذَوْن: خيل العجم، والعِتاق: جمع: عتيق: أي كرام الخيل العربية. البناية ١٩٥/٩.

(٤) وفي نُسخ: العِرَاب.

(٥) أي دنيءُ الأبوين جميعاً، بأن يكونا أعجميَّيْن. الجوهرة النيرة ٢٩٧/٦.

(٦) وفي نُسخ: سهمَ الفُرْسان.

ومَن دخل راجلاً، فاشترىٰ فرساً : استَحَقَّ سهمَ راجِل .

ومَن دخل راجلاً، فاشترىٰ فرساً: استَحَقَّ سهمَ راجِل).

وجوابُ الشافعي[1] رحمه الله علىٰ عكسِه في الفصلَيْن[2].

وهكذا روىٰ ابنُ المبارك عن أبي حنيفة رحمهما الله في الفصل الثاني[3]، أنه يَستَحِقُّ سهمَ الفُرْسان.

والحاصلُ: أن المعتبرَ عندنا حالةُ المجاوَزة، وعنده: حالةُ انقضاءِ الحرب.

له: أن السببَ هو القهرُ والقتالُ، فيُعتبرُ حالُ الشخصِ عنده، والمجاوزةُ وسيلةٌ إلىٰ السبب، كالخروج من البيت، وتعليقُ الأحكامِ بالقتال يدلُّ علىٰ إمكانِ الوقوفِ عليه.

ولو تعذَّر أو تعسَّرَ: تعلَّقَ بشهود الوَقْعة؛ لأنه أقربُ إلىٰ القتال.

ولنا: أن المجاوزةَ نفسَها قتالٌ؛ لأنه يَلحقُهمُ الخوفُ بها، والحالُ بعدَها حالةُ الدوام، ولا معتبرَ بها.

ولأن الوقوفَ علىٰ حقيقة القتال متعسِّرٌ، وكذا علىٰ شهودِ الوقعة؛ لأنه حالُ التقاءِ الصفَّيْن، فتُقامُ المجاوَزةُ مَقامَه، إذ هو السببُ المفضي إليه ظاهراً، إذا كان علىٰ قَصْدِ القتال، فيُعتبرُ حالُ الشخصِ بحالة المجاوَزة، فارساً كان أو راجلاً.

---

(١) الحاوي الكبير ٤٢١/٨.

(٢) قوله: في الفصلين: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٣) يعني إذا دخل دار الحرب راجلاً، فاشترىٰ فرساً، فقاتل فارساً.

ولا يُسهَمُ لمملوكٍ، ولا امرأةٍ، ولا صبيٍّ، ولا ذميٍّ، ولكن يُرضَخُ لهم علىٰ حَسَبِ ما يرىٰ الإمامُ.

ولو دخل فارساً، وقاتَلَ راجلاً؛ لضيق المكان: يَستحقُّ سهمَ الفُرسان، بالاتفاق.

ولو دخل فارساً، ثم باع فرسَه، أو وَهَبَ أو آجرَ أو رَهَنَ: ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: يَستحقُّ سهمَ الفُرسان؛ اعتباراً للمجاوزة.

وفي ظاهر الرواية: يَستحقُّ سهمَ الرَّجَّالة؛ لأن الإقدامَ علىٰ هذه التصرفات يدلُّ علىٰ أنه لم يكنْ من قَصْدِه بالمجاوزة القتالُ فارساً.

ولو باعه بعد الفراغ: لم يسقط سهمُ الفُرسان.

وكذا إذا باع في حالةِ القتالِ عند البعض[1].

والأصحُّ أنه يسقط؛ لأن البيعَ يدلُّ علىٰ أن غَرَضَه التجارةُ فيه، إلا أنه يَنتظرُ عِزَّتَه[2].

قال: (ولا يُسهَمُ لمملوكٍ، ولا امرأةٍ، ولا صبيٍّ، ولا ذميٍّ، ولكن يُرضَخُ[3] لهم علىٰ حَسَبِ ما يرىٰ الإمامُ).

---

(١) أي بعض مشايخ الحنفية رحمهم الله.

(٢) أي عِزَّة الفرس، والمراد: أكثر القيمة للفرس. حاشية نسخة ٨٠٧هـ، وعورض هذا القولُ بأن المقاتل في سبيل الله في تلك الحالة حالة بيع النفس لله لا يبيع فرسه إلا لأمرٍ وجده فيها. ينظر البناية ٢٠١/٩، فتح القدير ٢٤١/٥.

(٣) الرَّضْخ: إعطاء قليلٍ من كثير، أي يُعطَوْن شيئاً قليلاً. البناية ٢٠٢/٩، المغرب (رضخ).

. . . .

لِمَا رُوي أنه عليه الصلاة والسلام كان لا يُسهِمُ للنساء والصبيان والعبيد، وكان يَرْضَخُ لهم[1].

ولَمَّا استعان عليه الصلاة والسلام باليهود علىٰ اليهود: لم يُعطِهم شيئاً من الغنيمة[2]، يعني أنه لم يُسهِم لهم.

ولأن الجهادَ عبادةٌ، والذميُّ ليس من أهلها[3].

والمرأةُ، والصبيُّ عاجزان بأنفسهما عنه، ولهذا لم يَلْحَقْهما فرضُه.

والعبدُ لا يُمكِّنُه المولىٰ، وله مَنْعُه.

إلا أنه يُرضَخُ لهم؛ تحريضاً علىٰ القتال، مع إظهارِ انحطاطِ رُتْبتهم.

والمكاتَبُ: بمنزلة العبد؛ لقيام الرِّقِّ، وتوهُّم عَجْزِه، فيَمنعُه المولىٰ عن الخروج إلىٰ القتال.

ثم العبدُ إنما يُرضَخُ له إذا قاتَلَ؛ لأنه دَخَلَ لخدمة المولىٰ، فصار كالتاجر.

والمرأةُ يُرضَخُ لها إذا كانت تداوي الجرحىٰ، وتقومُ علىٰ المرضىٰ؛ لأنها عاجزةٌ عن حقيقة القتال، فيُقامُ هذا النوعُ من الإعانة مَقامَ القتال.

بخلاف العبد؛ لأنه قادِرٌ علىٰ حقيقة القتال.

---

(١) صحيح مسلم (١٨١٢).

(٢) عزاه في الدراية ١٢٥/٢ للإمام الشافعي، وينظر التعريف والإخبار ٣٠١/٣، وقد عزاه لمحمد بن الحسن في الأصل، وفيه: الحسن بن عمارة.

(٣) أي من أهل العبادة. وفي نسخ: أهله.

وأما الخُمُسُ: فيُقسَمُ علىٰ ثلاثةِ أسهمٍ: سهمٌ لليتامىٰ، وسهمٌ للمساكين، وسهمٌ لأبناء السبيل، يَدخلُ فقراءُ ذوي القربىٰ فيهم، ويُقدَّمون، ولا يُدفَعُ إلىٰ أغنيائهم.

والذمي إنما يُرضَخُ له إذا قاتَلَ، أو دَلَّ علىٰ الطريق ولم يقاتِل؛ لأن فيه منفعةً للمسلمين، إلا أنه يُزادُ له علىٰ السهمِ في الدلالة إذا كانت في دلالته منفعةٌ عظيمةٌ.

ولا يُبَلَّغُ به السهمُ إذا قاتَلَ؛ لأنه جهادٌ، والأولُ[1]: ليس من عمل الجهاد.

ولا يُسوَّىٰ[2] بينه وبين المسلمِ في حكمِ الجهاد.

قال: (وأما الخُمُسُ: فيُقسَمُ علىٰ ثلاثةِ أسهمٍ: سهمٌ لليتامىٰ، وسهمٌ للمساكين، وسهمٌ لأبناء السبيل، يَدخلُ فقراءُ ذوي القربىٰ فيهم، ويُقدَّمون، ولا يُدفَعُ إلىٰ أغنيائهم).

وقال الشافعيُّ[3] رحمه الله: لهم خُمُسُ الخُمُس، يستوي فيه غنيُّهم وفقيرُهم، ويُقسَمُ بينهم للذكر مثلُ حظِّ الأُنثيين.

ويكونُ لبني هاشمٍ وبني المطلب، دونَ غيرهم؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَلِذِي ٱلْقُرْبَىٰ﴾. الأنفال/٤١، من غير فَصْلٍ بين الغنيِّ والفقير.

---

(١) أي كونه دالاً علىٰ الطريق.

(٢) وضُبطت في نُسخ هكذا: يُسَوِّي.

(٣) الحاوي الكبير ٨/٤٣٥، ٤٦٠.

. . . .

ولنا: أن الخلفاءَ الأربعةَ الراشدين رضي الله عنهم قَسَموه علىٰ ثلاثة أسهم[١]، علىٰ نحو ما قلناه، وكفىٰ بهم قُدْوةً.

وقال عليه الصلاة والسلام: «يا معشرَ بني هاشم! إن اللهَ تعالىٰ كَرِهَ لكم غُسَالةَ الناسِ[٢] وأوساخَهم، وعوَّضكم منها بخُمُس الخُمُس من الغنيمة»[٣].

والعِوَضُ إنما يثبتُ في حَقِّ مَن يثبتُ في حَقِّه المُعَوَّض، وهم الفقراءُ، والنبيُّ عليه الصلاة والسلام أعطاهم للنُّصرة.

ألا ترىٰ أنه عليه الصلاة والسلام علَّل فقال: «إنهم لم[٤] يزالوا معي هكذا في الجاهلية والإسلام، وشبَّكَ بين أصابعه»[٥].

---

(١) نصب الراية ٤٢٤/٣، الدراية ١٢٦/٢، وعزاه لأبي يوسف في الخراج ٢٩/١، وينظر التعريف والإخبار ٣٠٣/٣، ٣٠٦.

(٢) أي مال الزكاة.

(٣) قال في الدراية ١٢٦/٢: لم أجده هكذا، ومعناه في الطبراني الكبير (١١٥٤٣)، أما في التعريف والإخبار ٧٤/٢ فقال: في معناه ما أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٧) (١٠٧٢)، وأطال في ذكر ألفاظ الحديث ورواياته.

(٤) وفي نُسخ: لن.

(٥) سنن أبي داود (٢٩٧٣) بلفظ: «أنا وبنو المطَّلب لا نفترق في جاهلية ولا إسلام، وإنما نحن وهم شيءٌ واحد، وشبَّك بين أصابعه».

وينظر أصل القصة في صحيح البخاري (٣٥٠٢) بلفظ: «إنما بنو هاشم وبنو المطَّلب شيءٌ واحد»، كما ينظر نصب الراية ٤٢٥/٣.

فأما ذِكْرُ الله تعالىٰ في الخُمُس : فإنه لافتتاح الكلام؛ تبرُّكاً باسمه.
وسهمُ النبيِّ عليه الصلاة والسلام سَقَطَ بموته، كما سَقَطَ الصَّفِيُّ.

دلَّ علىٰ أن المرادَ من النصِّ: قُرْبُ النُّصْرة، لا قُرْبُ القرابة.

قال: (فأما[1] ذِكْرُ الله تعالىٰ في الخُمُس[2]: فإنه لافتتاح الكلام؛ تبرُّكاً باسمه[3].

وسهمُ النبيِّ عليه الصلاة والسلام سَقَطَ بموته، كما سَقَطَ الصَّفِيُّ)؛ لأنه عليه الصلاة والسلام كان يَستحقُّه برسالته، ولا رسولَ بعده[4].

والصَّفِيُّ: شيءٌ كان عليه الصلاة والسلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة[5]، مثلُ دِرْعٍ، أو سيفٍ، أو جارية.

وقال الشافعي[6] رحمه الله: يُصرَفُ سهمُ الرسولِ صلىٰ الله عليه وسلم إلىٰ الخليفة بعده.

---

(١) وفي نُسخ: فأما ما ذكر.

(٢) أي في قوله تعالىٰ: ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾. الأنفال/٤١.

(٣) رواه الطبري في التفسير ٣/١٠.

(٤) سنن أبي داود (٢٩٩١)، مصنف ابن أبي شيبة (٣٣٣٠٧)، التعريف والإخبار ٣/٣٠٤، الدراية ٢/١٢٦.

(٥) سنن أبي داود (٢٩٨٤)، سنن النسائي (٤١٤٢)، وقد روي هذا الحديث بطرقٍ عدَّة، منها المرسل وغيره، وينظر نصب الراية ٣/٤٢٧.

(٦) جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود للمنهاجي ١/٣٨١، بحر المذهب ١٣/١٩٨.

وسهمُ ذوي القربىٰ كانوا يستحقُّونه في زمن النبيِّ عليه الصلاة والسلام بالنُّصرة، وبعدَه صلىٰ الله عليه وسلم: بالفقر.

والحُجَّةُ عليه: ما قدَّمناه.

قال: (وسهمُ ذوي القربىٰ كانوا يستحقُّونه في زمن النبيِّ عليه الصلاة والسلام بالنُّصرة)؛ لِمَا روينا، (وبعدَه صلىٰ الله عليه وسلم: بالفقر).

قال رضي الله عنه(١): هذا الذي ذَكَرَه(٢): قولُ الكرخي رحمه الله.

وقال الطحاويُّ رحمه الله: سهمُ الفقير(٣) منهم ساقطٌ أيضاً؛ لِمَا روينا من الإجماع.

ولأن فيه معنىٰ الصدقة؛ نظراً إلىٰ المَصرِف، فيُحْرَمُ(٤) كما يُحْرَم العُمَالةُ(٥).

وجهُ الأول، وقيل هو الأصحُّ: ما روي أن عمرَ رضي الله عنه أعطىٰ الفقراءَ منهم(٦).

والإجماعُ انعقد علىٰ سقوطِ حَقِّ الأغنياء، أما فقراؤهم: فيَدخلون في الأصناف الثلاثة.

---

(١) وفي نُسخ: قال العبد الضعيف عصمه الله.

(٢) أي الإمام القدوري رحمه الله. البناية ٢١٩/٩.

(٣) وفي نُسخ: الفقراء.

(٤) أي ذوو القربىٰ كما يُحرَم الهاشمي العامِل علىٰ الصدقة.

(٥) بضم العين: أي ما يُعطىٰ علىٰ عمله. البناية ٢١٩/٩.

(٦) سنن أبي داود (٢٩٧٩)، الدراية ١٢٧/٢.

وإذا دَخَلَ الواحدُ أو الاثنان دارَ الحرب مُغِيْرِيْن بغير إذنِ الإمام، فأَخَذوا شيئاً : لم يُخمَس، ولو دَخَلَ الواحدُ أو الاثنان بإذن الإمام : فيه روايتان، والمشهورُ أنه يُخمَسُ.

فإن دخلتْ جماعةٌ لها مَنَعَةٌ، فأخذوا شيئاً : خُمِسَ وإن لم يأذنْ لهمُ الإمامُ.

قال: (وإذا دَخَلَ الواحدُ أو الاثنان دارَ الحرب مُغِيْرِيْن بغير إذنِ الإمام، فأَخَذوا شيئاً: لم يُخمَس)؛ لأن الغنيمةَ هي المأخوذُ[1] قهراً وغَلَبَةً، لا اختلاساً وسرقةً، والخُمُسُ وظيفتُها.

قال: (ولو دَخَلَ الواحدُ أو الاثنان بإذن الإمام: فيه روايتان، والمشهورُ[2] أنه يُخمَسُ)؛ لأنه لَمَّا أَذِنَ لهم الإمامُ: فقد التزم نُصْرتَهم بالإمداد، فصار كالمَنَعَة.

قال: (فإن دخلتْ جماعةٌ لها مَنَعَةٌ، فأخذوا شيئاً: خُمِسَ وإن لم يأذنْ لهمُ الإمامُ)؛ لأنه مأخوذٌ قهراً وغَلَبَةً، فكان غنيمةً.

ولأنه يجبُ علىٰ الإمام أن يَنصُرَهم، إذ لو خَذَلَهم: كان فيه وَهَنُ المسلمين، بخلافِ الواحدِ والاثنين؛ لأنه لا يجبُ عليه نُصْرتُهم[3]، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي المالُ المأخوذ، وفي نُسخ: هي المأخوذةُ.

(٢) أي من الرواية، وهي رواية السير الكبير والصغير.

(٣) وفي نُسخ: نَصْرُهم.

فصلٌ في التنفيل

ولا بأسَ بأن يُنَفِّلَ الإمامُ في حال القتال، ويُحرِّضَ به علىٰ القتال، فيقولَ : مَن قَتَلَ قتيلاً : فله سَلَبُه.

أو يقولَ للسَّرِيَّة : قد جعلتُ لكمُ الرُّبُعَ بعد الخُمُس.

فصلٌ في التنفيل

قال: (ولا بأسَ بأن يُنَفِّلَ الإمامُ في حال القتال، ويُحرِّضَ به علىٰ القتال، فيقولَ: مَن قَتَلَ قتيلاً: فله سَلَبُه.

أو يقولَ للسَّرِيَّة: قد جعلتُ لكمُ الرُّبُعَ بعد الخُمُس).

معناه: بعد ما رُفِعَ الخُمُسُ؛ لأن التحريضَ مندوبٌ إليه[1]، قال الله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ حَرِّضِ ٱلْمُؤْمِنِينَ عَلَى ٱلْقِتَالِ﴾. الأنفال/٦٥.

وهذا نوعُ تحريضٍ.

ثم قد يكونُ التنفيلُ بما ذكرنا، وقد يكونُ بغيره، إلا أنه لا ينبغي للإمام أن يُنفِّلَ بكلِّ المأخوذِ؛ لأن فيه إبطالَ حَقِّ الكلِّ.

وإن فَعَلَه مع السَّرِيَّة: جاز؛ لأن التصرُّفَ إليه، وقد تكونُ المصلحةُ فيه.

---

(١) فإن قيل: قوله في الآية الكريمة: حَرِّض: أمرٌ، ومطلَقُه ينصرفُ إلىٰ الوجوب؟ أُجيب: بأنه يعارضُه دليلُ قسمة الغنائم، فانصرف إلىٰ الاستحباب. البناية ٩/٢٣٢.

ولا يُنَفِّلُ بعد إحرازِ الغنيمةِ بدار الإسلام إلا من الخُمُس.

وإذا لم يُجعَلِ السَّلَبُ للقاتل: فهو من جملةِ الغنيمة، والقاتِلُ وغيرُه في ذلك: سواءٌ.

قال: (ولا يُنَفِّلُ بعد إحرازِ الغنيمةِ بدار الإسلام)؛ لأن حَقَّ الغيرِ قد تأكَّد فيه بالإحراز.

(إلا من الخُمُس)؛ لأنه لا حَقَّ للغانمين في الخُمُس.

قال: (وإذا لم يُجعَلِ السَّلَبُ للقاتل: فهو من جملةِ الغنيمة، والقاتِلُ وغيرُه في ذلك[1]: سواءٌ).

وقال الشافعي[2] رحمه الله: السَّلَبُ للقاتل إذا كان من أهلِ أن يُسهَمَ له، وقد قتَلَه مُقبِلاً.

لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن قَتَلَ قتيلاً: فله سَلَبُه»[3].

والظاهرُ أنه[4] نَصْبُ الشَرْع؛ لأنه بُعِثَ له[5].

ولأن القاتلَ مُقبِلاً: أكثرُ غَناءً[6]، فيَختصُّ بسَلَبه؛ إظهاراً للتفاوت بينه وبين غيره.

---

(١) وفي نُسخ: فيه. بدل: في ذلك.

(٢) الحاوي الكبير ٣٩٧/٨.

(٣) صحيح البخاري (٤٣٢١)، صحيح مسلم (١٧٥١).

(٤) أي والظاهر أن هذا الحديث.

(٥) أي لأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم بُعِث لنصب الشرع.

(٦) أي كفاية في الجهاد.

والسَّلَبُ: ما علىٰ المقتولِ من ثيابِه، وسلاحِه، ومَرْكَبُه.

ولنا: أنه مأخوذٌ بقوة الجيش، فيكون غنيمةً، فيُقسَمُ قسمةَ الغنائم، كما نَطَقَ به النصُّ.

وقال عليه الصلاة والسلام لحَبِيب بن أبي مسلمة[1]: «ليس لكَ من سَلَبِ قتيلِك إلا ما طابَتْ به نفسُ إمامِك».

وما رواه: يحتمل نَصْبَ الشرع، ويحتملُ التنفيلَ، فنحمِلُه علىٰ الثاني؛ لِمَا رويناه.

وزيادةُ الغَنَاء لا تُعتبرُ في جنسٍ واحدٍ، كما ذكرناه.

قال: (والسَّلَبُ: ما علىٰ المقتولِ من ثيابِه، وسلاحِه، ومَرْكَبُه).

قال رضي الله عنه: وكذا ما كان علىٰ مَرْكَبِه من السَّرْج، والآلة.

وكذا ما معه علىٰ الدابة من مالِه في حقيبته، أو علىٰ وَسَطِه.

وما عدا ذلك: فليس بسَلَبٍ.

وأما ما كان مع غلامِه علىٰ دابةٍ أخرىٰ: فليس بسَلَبه.

---

(١) جاء في نُسخ الهداية: سلمة، ونبَّه الزيلعي في نصب الراية ٤٣٠/٣ وغيره أن الصواب: مَسلمة، والخطابُ له من معاذٍ، لا من النبي صلىٰ الله عليه وسلم.

وقد أخرجه الطبراني في الكبير (٣٥٣٣)، والأوسط (٦٧٣٩): ...، فقال معاذ: يا حبيب! إني سمعت رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم يقول: «إنما للمرء ما طابت به نفسُ إمامِه»، وفيه: عمرو بن واقد: وهو ضعيفٌ، وله عدة ألفاظ وطرق، كما في التعريف والإخبار ٣١٢/٣، الدراية ١٢٨/٢.

. . . .

ثم حُكْمُ التنفيل: قَطْعُ حَقِّ الباقين.

فأما المِلْكُ: فإنما يثبتُ بعد الإحراز بدار الإسلام؛ لِمَا مَرَّ من قبلُ، حتىٰ لو قال الإمامُ: مَن أصاب جاريةً فهي له، فأصابها مسلمٌ، واستبرأها: لم يَحِلَّ له وطؤها، وكذا لا يبيعُها، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: له أن يطأها، ويبيعَها؛ لأن التنفيلَ يَثبتُ به الملكُ عنده، كما يثبتُ بالقسمة في دار الحرب، وبالشراء من الحربي.

ووجوبُ الضمانِ بالإتلاف[1]: قد قيل[2] علىٰ هذا الاختلاف، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي إتلاف النفل.

(٢) لفظ: وجوب الضمان: مبتدأ، وخبرُه: قد قيل علىٰ هذا الاختلاف. البناية ٩/٢٤٠.

باب استيلاء الكفار

وإذا غَلَبَ التُّرْكُ علىٰ الرُّوْم، فسَبَوْهُم، وأَخَذُوا أموالَهم : مَلَكُوها .

فإن غلَبْنا علىٰ التُّرْكِ : حَلَّ لنا ما نجدُه من ذلك .

وإذا غلبوا علىٰ أموالنا، وأحرزوها بدارهم : مَلَكُوها .

باب[(١)]

استيلاء الكفار

قال: (وإذا غَلَبَ التُّرْكُ علىٰ الرُّوْم[(٢)]، فسَبَوْهُم، وأَخَذُوا أموالَهم: مَلَكُوها)؛ لأن الاستيلاءَ قد تحقَّقَ في[(٣)] مالٍ مباحٍ، وهو السببُ، علىٰ ما نبيِّنُه إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (فإنْ غلَبْنا علىٰ التُّرْكِ: حَلَّ لنا ما نجدُه من ذلك)؛ اعتباراً بسائر أملاكهم.

قال: (وإذا غلبوا علىٰ أموالنا، وأحرزوها بدارهم: مَلَكُوها).

وقال الشافعي[(٤)] رحمه الله: لا يَملِكُونَها؛ لأن الاستيلاءَ محظورٌ ابتداءً

---

(١) وفي نُسخ: باب الاستيلاء علىٰ الكفار.

(٢) أي كفار الترك، ونصارىٰ الروم. البناية ٢٤١/٩.

(٣) وفي نُسخ: علىٰ.

(٤) روضة الطالبين ٢٩٤/١٠.

فإن ظَهَرَ عليها المسلمون، فوَجَدَها المالكون قبلَ القسمة : فهي لهم بغير شيءٍ، وإن وَجَدُوها بعد القسمة : أَخَذُوها بالقيمة إن أَحبُّوا.

وانتهاءً، والمحظورُ لا ينتهضُ سبباً للملك، علىٰ ما عُرِف من قاعدة الخصم[1].

ولنا: أن الاستيلاءَ وَرَدَ علىٰ مالٍ مباحٍ، فينعقدُ سبباً للملك؛ دفعاً لحاجة المكلَّف؛ كاستيلائنا علىٰ أموالِهم.

وهذا لأن العصمةَ تثبتُ علىٰ منافاة الدليل؛ ضرورةَ تمكُّن المالكِ من الانتفاع، فإذا زالتِ المُكْنَةُ: عاد مباحاً كما كان.

غيرَ أن الاستيلاءَ لا يتحقَّقُ إلا بالإحراز بالدار؛ لأنه عبارةٌ عن الاقتدار علىٰ المَحَلِّ، حالاً ومآلاً.

والمَحظورُ لغيره إذا صَلُحَ سبباً لكرامةٍ تفوقُ الملكَ[2]، وهو الثوابُ الآجِلُ، فما ظنُّك بالملك العاجل[3]؟!

قال: (فإن ظَهَرَ عليها المسلمون، فوَجَدَها المالكون قبلَ القسمة: فهي لهم بغير شيءٍ، وإن وَجَدُوها بعد القسمة: أَخَذُوها بالقيمة إن أَحبُّوا).

لقوله عليه الصلاة والسلام فيه: «إن وجدتَه قبلَ القسمة: فهو لك بغير

---

(١) وذلك أن النهي يُعدم المشروعية عند الشافعي رحمه الله. حاشية سعدي.

(٢) كالصلاة في الأرض المغصوبة.

(٣) يعني في الدنيا، فالمحظور قد يكون سبباً للملك، فانتقض أصله.

وإن دَخَلَ دارَ الحرب تاجرٌ، فاشترىٰ ذلك، وأخرجه إلىٰ دارِ الإسلام: فمالِكُه الأولُ بالخيار: إن شاء أَخَذَه بالثمن الذي اشتراه به التاجرُ، وإن شاء تَرَكَه.

شيءٍ، وإن وجدتَه بعد القسمة: فهو لك بالقيمة»[1].

ولأن المالكَ القديمَ زال مِلْكُه بغير رضاه، فكان له حَقُّ الأخذ؛ نظراً له.

إلا أنَّ في الأَخْذِ بعد القسمة ضرراً بالمأخوذ منه، بإزالة ملكِه الخاصِّ، فيأخذُه بالقيمة؛ ليعتَدِلَ النظرُ من الجانبَيْن.

والشركةُ قبلَ القسمة عامةٌ، فيقِلُّ الضررُ، فيأخذُه بغير قيمة.

قال: (وإن دَخَلَ دارَ الحرب تاجرٌ، فاشترىٰ ذلك، وأخرجه إلىٰ دارِ الإسلام: فمالِكُه الأولُ بالخيار: إن شاء أَخَذَه بالثمن الذي اشتراه به التاجرُ، وإن شاء تَرَكَه).

لأنه يتضرَّرُ بالأخذ مجاناً، ألا يُرىٰ أنه قد دَفَعَ العوضَ بمقابلته، فكان اعتدالُ النظر فيما قلناه.

ولو اشتراه بعَرَضٍ: يأخذُه بقيمة العَرْض.

ولو وَهَبُوه لمسلم: يأخذُه بقيمته؛ لأنه ثبت له ملكٌ خاصٌّ، فلا يُزال إلا بالقيمة.

---

(١) أخرجه محمد بن الحسن في الأصل ٤٢٤/٧، كما في التعريف والإخبار ٣١٥/٣، وذكر في الدراية ١٢٩/٢ بمعناه أحاديث أخرىٰ.

فإن أَسَرُوا عبداً، فاشتراه رجلٌ، وأخرجه إلىٰ دار الإسلام، ففُقِئتْ عينُه، وأَخَذَ أَرْشَها : فإن المولىٰ يأخذُه بالثمن الذي أَخَذَه به من العدوِّ.

وإن أَسَرُوا عبداً، فاشتراه رجلٌ بألفِ درهمٍ، فأَسَرُوه ثانياً، . . . .

ولو كان مَغنوماً وهو مثليٌّ: يأخذُه قبلَ القسمة، ولا يأخذُه بعدَها؛ لأن الأخذَ بالمِثْلِ غيرُ مفيد.

وكذا إذا كان موهوباً: لا يأخذُه؛ لِمَا بيَّنَّا.

وكذا إذا كان مشترىً بمِثْلِه قَدْراً، ووَصْفاً.

قال: (فإن أَسَرُوا عبداً، فاشتراه رجلٌ، وأخرجه إلىٰ دار الإسلام، ففُقِئتْ عينُه، وأَخَذَ أَرْشَها: فإن المولىٰ يأخذُه بالثمن الذي أَخَذَه[1] به من العدوِّ).

أما الأخذ بالثمن: فلِمَا قلنا.

ولا يأخذُ الأَرْشَ: لأن الملكَ فيه صحيحٌ، فلو أَخَذَه: أَخَذَه بمثله، وهو لا يفيدُ.

ولا يُحَطُّ شيءٌ من الثمن؛ لأنه من الأوصافَ، ولا يقابِلُها شيءٌ من الثمن.

بخلاف الشفعة: لأن الصفقةَ لَمَّا تحوَّلتْ إلىٰ الشفيع: صار المشترَىٰ في يدِ المشتري بمنزلة المشترَىٰ شراءً فاسداً، والأوصافُ تُضمَنُ فيه، كما في الغصب، أما ها هنا: الملكُ صحيحٌ، فافترقا.

قال: (وإن أَسَرُوا عبداً، فاشتراه رجلٌ بألفِ درهمٍ، فأَسَرُوه ثانياً،

---

(١) أي المشتري الأول.

وأدخلوه دارَ الحرب، فاشتراه رجلٌ آخَرُ بألفِ درهمٍ: فليس للمولىٰ الأولِ أن يأخذَه من الثاني بالثمن.

وللمشتري الأولِ أن يأخذَه من الثاني بالثمن الأول.

ثم يأخذُه المالكُ القديمُ بألفَيْن إن شاء.

ولا يَملِكُ علينا أهلُ الحرب بالغَلَبَة مُدبَّرينا، وأمهاتِ أولادِنا، ومكاتَبينا، وأحرارَنا، ونملِكُ عليهم جميعَ ذلك.

وأدخلوه دارَ الحرب، فاشتراه رجلٌ آخَرُ بألفِ درهمٍ: فليس للمولىٰ الأولِ أن يأخذَه من الثاني بالثمن)؛ لأن الأَسْرَ ما وَرَدَ علىٰ مِلْكِه.

(وللمشتري الأولِ أن يأخذَه من الثاني بالثمن الأول)؛ لأنَّ الأَسْرَ وَرَدَ علىٰ ملكه.

(ثم يأخذُه المالكُ القديمُ بألفَيْن إن شاء)؛ لأنه قام عليه بالثمنَيْن، فيأخذُه بهما.

وكذا إذا كان المأسورُ منه الثاني غائباً: ليس للأول أن يأخذَه؛ اعتباراً بحال حَضْرته.

قال: (ولا يَملِكُ علينا أهلُ الحرب بالغَلَبَة مُدبَّرينا، وأمهاتِ أولادِنا، ومكاتَبينا، وأحرارَنا، ونملِكُ عليهم جميعَ ذلك)؛ لأن السببَ إنما يفيدُ الملكَ[1] في مَحلِّه، والمَحَلُّ: المالُ المباحُ، والحُرُّ معصومٌ بنفسه.

---

(١) وفي نُسخ: الحكم. وكُتب علىٰ النُّسَخ الخطية: والحكم: هو الملك.

وإذا أَبَقَ عبدٌ لمسلمٍ، فدَخَلَ إليهم، فأخذوه: لم يَملِكوه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يَملِكونه.

وكذا مَن سواه؛ لأنه تثبتُ الحريةُ فيه من وجهٍ.

بخلاف رِقابهم؛ لأن الشرعَ أسقط عصمتَهم؛ جزاءً علىٰ جنايتهم، وجَعَلَهم أرِقَّاءَ، ولا جنايةَ من هؤلاء.

قال: (وإذا أَبَقَ عبدٌ لمسلمٍ، فدَخَلَ إليهم[1]، فأخذوه: لم يَملِكوه عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يَملِكونه)؛ لأن العصمةَ لِحَقِّ المالك؛ لقيام يدِه، وقد زالت، ولهذا لو أخذوه من دار الإسلام: مَلَكُوه.

وله: أنه قد ظهرتْ يدُه علىٰ نفسه بالخروج من دارنا؛ لأن سقوطَ اعتبارِه: لتحقُّقِ يدِ المولىٰ عليه؛ تمكيناً له من الانتفاع به، وقد زالت يدُ المولىٰ، فظهرت يدُه علىٰ نفسه، وصار معصوماً بنفسه، فلم يَبْقَ مَحَلاًّ للملك.

بخلاف المتردِّد؛ لأن يدَ المولىٰ باقيةٌ عليه؛ لقيام يدِ أهل الدار، فيَمنَعُ ظهورَ يدِه.

وإذا لم يَثبتِ الملكُ لهم عند أبي حنيفة رحمه الله: يأخذُه المالكُ القديمُ بغير شيءٍ، موهوباً كان، أو مشترىً، أو مَغنوماً، قبلَ القسمة وبعدَ

---

(١) أي إلىٰ أهل الحرب.

وإن نَدَّ بعيرٌ إليهم، فأخذوه : مَلَكوه.

وإن اشتراه رجلٌ، وأدخله دارَ الإسلام : فصاحبُه يأخذُه بالثمن إن شاء.

فإن أَبَقَ عبدٌ إليهم، وذَهَبَ معه بفرسٍ ومتاعٍ، فأَخَذَ المشركون ذلك كلَّه، واشترىٰ رجلٌ ذلك كلَّه، وأخرجه إلىٰ دار الإسلام : فإن المولىٰ يأخذُ العبدَ بغير شيءٍ، والفرسَ والمتاعَ بالثمن الذي أَخَذَه المشتري، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

القسمة، يُؤَدَّىٰ عوضُه[1] من بيت المال؛ لأنه لا يمكنُ إعادةُ القسمة؛ لتفرُّق الغانمين، وتَعَذُّرِ اجتماعِهم.

وليس له علىٰ المالك جُعْلُ الآبقِ؛ لأنه عاملٌ لنفسه، إذْ في زُعْمِهِ أنه مِلكُه.

قال: (وإن نَدَّ بعيرٌ إليهم، فأخذوه: مَلَكوه)؛ لتحقُّقِ الاستيلاءِ، إذْ لا يدَ للعَجْماءِ لتظهرَ عند الخروجِ من دارنا، بخلاف العبد، علىٰ ما ذكرنا.

قال: (وإن اشتراه رجلٌ، وأدخله دارَ الإسلام: فصاحبُه يأخذُه بالثمن إن شاء)؛ لِمَا بيَّنَّا.

قال: (فإن أَبَقَ عبدٌ إليهم، وذَهَبَ معه بفرسٍ ومتاعٍ، فأَخَذَ المشركون ذلك كلَّه، واشترىٰ رجلٌ ذلك كلَّه، وأخرجه إلىٰ دار الإسلام: فإن المولىٰ يأخذُ العبدَ بغير شيءٍ، والفرسَ والمتاعَ بالثمن الذي أَخَذَه المشتري، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

---

(١) أي يؤديه الإمام من بيت المال، وفي نُسخ ضُبطت هكذا: يُؤدِّي عوضَه.

وقالا : يأخذُ العبدَ، وما معه بالثمن إن شاء.

وإذا دَخَلَ الحربيُّ دارَنا بأمانٍ، واشترىٰ عبداً مسلماً، وأدخله دارَ الحرب : عَتَقَ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا : لا يَعتِقُ.

وإذا أسلم عبدٌ لحربيٍّ، ثم خَرَجَ إلينا، أو ظَهَرْنا علىٰ الدار : فهو حُرٌّ.

وقالا: يأخذُ العبدَ، وما معه بالثمن إن شاء)؛ اعتباراً لحالة الاجتماع بحالة الانفراد، وقد بيَّنَّا الحكمَ في كلِّ فَرْدٍ.

قال: (وإذا دَخَلَ الحربيُّ دارَنا بأمانٍ، واشترىٰ عبداً مسلماً، وأدخله دارَ الحرب: عَتَقَ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: لا يَعتِقُ)؛ لأن الإزالةَ كانت مستَحَقَّةً بطريقٍ معيَّنٍ، وهو البيعُ، وقد انقطعتْ ولايةُ الجَبْر عليه، فبقيَ في يده عبداً.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن تخليصَ المسلمِ عن ذُلِّ الكافر واجبٌ، فيُقامُ الشرطُ وهو تباينُ الدارَيْن مَقامَ العلة، وهو الإعتاقُ؛ تخليصاً له، كما يُقام مُضِيُّ ثلاثِ حِيَضٍ مَقامَ التفريق، فيما إذا أسلم أحدُ الزوجَيْن في دار الحرب.

قال: (وإذا أسلم عبدٌ لحربيٍّ، ثم خَرَجَ إلينا، أو ظَهَرْنا[1] علىٰ الدار: فهو حُرٌّ.

---

(١) وفي نُسخ: أو ظُهِر.

وكذلك إذا خَرَجَ عَبِيْدُهم إلىٰ عَسْكَرِ المسلمين : فهم أحرارٌ

وكذلك إذا خَرَجَ عَبِيْدُهم إلىٰ عَسْكَرِ المسلمين: فهم أحرارٌ).

لِمَا رُوي أن عَبِيداً من عَبِيدِ الطائفِ أسلموا، وخَرَجوا إلىٰ رسول الله عليه الصلاة والسلام، فقضىٰ بعِتْقهم، وقال: «هم عُتَقاءُ الله»[1].

ولأنه أحرز نفسَه بالخروج إلينا، مُراغِماً[2] لمولاه، أو بالالتحاق بمَنَعَة المسلمين إذا ظُهِرَ علىٰ الدار.

واعتبارُ يدِه: أَوْلىٰ من اعتبار يدِ المسلمين؛ لأنها أسبقُ ثبوتاً علىٰ نفسه، والحاجةُ في حَقِّه: إلىٰ زيادةِ توكيدٍ، وفي حقِّهم: إلىٰ إثباتِ اليد ابتداءً، فلهذا كان أَوْلىٰ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) تقدم في العتق، وهو في سنن أبي داود (٢٧٠٠)، سنن الترمذي (٣٧١٥)، المستدرك للحاكم (٢٥٧٦)، سنن البيهقي (١٨٨٣٩)، مسند أحمد (٢١٧٦)، مصنف ابن أبي شيبة (٣٦٩٥٦)، المعجم الكبير (١٢٠٩٢)، وله طرق وألفاظ متعددة، ينظر الدراية ٢/٨٥، التعريف والإخبار ٣/٣١٨.

(٢) أي مغاضباً. حاشية سعدي علىٰ الهداية.

باب المُستَأمِن

وإذا دَخَلَ المسلمُ دارَ الحربِ تاجراً: فلا يَحِلُّ له أن يَتعرَّضَ لشيءٍ من أموالِهم، ولا من دمائهم.

فإن غدَرَ بهم فأخَذَ شيئاً، وخرَجَ به: مَلَكَه مِلْكاً مَحْظوراً، فيُؤمَرُ بالتصدُّقِ به.

باب المُستَأمِن

قال: (وإذا دَخَلَ المسلمُ دارَ الحربِ تاجراً: فلا يَحِلُّ له أن يَتعرَّضَ لشيءٍ من أموالِهم، ولا من دمائهم)؛ لأنه ضَمِنَ أن لا يَتعرَّضَ لهم بالاستئمان، فالتعرُّضُ بعد ذلك يكون غَدْراً، والغَدْرُ حرامٌ.

إلا إذا غَدَرَ بهم[1] مَلِكُهم، فأَخَذَ أموالَهم، أو حَبَسَهم، أو فَعَلَ غيرُه بعلمِ المَلِكِ، ولم يَمْنَعْه؛ لأنهم هم الذين نَقَضَوا العهدَ.

بخلاف الأسير: لأنه غيرُ مستأمِنٍ، فيُباحُ له التعرُّضُ وإن أطلقوه طَوْعاً.

قال: (فإن غدَرَ بهم)، أعني التاجرَ، (فأَخَذَ شيئاً، وخرَجَ به: مَلَكَه مِلْكاً مَحْظوراً)؛ لوُرُودِ الاستيلاءِ علىٰ مالٍ مباحٍ، إلا أنه حَصَلَ بسبب الغَدْر، فأوجب ذلك خُبْثاً فيه.

(فيُؤمَرُ بالتصدُّقِ به)، وهذا لأن الحظرَ لغيره: لا يَمنعُ انعقادَ السبب، علىٰ ما بيَّنَّاه.

---

(١) أي بالمسلمين.

وإذا دَخَلَ المسلمُ دارَ الحرب بأمانٍ، فادَّانَه حربيٌّ، أو ادَّان هو حربياً، أو غَصَبَ أحدُهما صاحبَه، ثم خرج إلينا، واستأمَنَ الحربيُّ: لم يُقْضَ لواحدٍ منهما علىٰ صاحبه بشيءٍ.

وكذلك لو كانا حربيَّيْن، فَفَعَلا ذلك، ثم خَرَجَا مستأمِنَيْن.

ولو خَرَجَا مسلمَيْن: قُضِيَ بالدَّيْن بينهما، ولم يُقْضَ بالغصب.

قال: (وإذا دَخَلَ المسلمُ دارَ الحرب بأمانٍ، فادَّانَه[1] حربيٌّ، أو ادَّان هو حربياً، أو غَصَبَ أحدُهما صاحبَه، ثم خرج إلينا، واستأمَنَ الحربيُّ: لم يُقْضَ لواحدٍ منهما علىٰ صاحبه بشيءٍ).

أما الإدانةُ: فلأن القضاءَ يَعتمِدُ الولايةَ، ولا ولايةَ وقتَ الإدانة أصلاً، ولا وقتَ القضاءِ علىٰ المستأمِن؛ لأنه ما التزم حكمَ الإسلامِ فيما مضىٰ من أفعاله، وإنما التزم ذلك في المستقبل.

وأما الغصبُ: فلأنه صار مِلْكاً للذي غَصَبَه، واستولىٰ عليه؛ لمصادفته مالاً غيرَ معصومٍ، علىٰ ما بيَّنَّاه.

قال: (وكذلك لو كانا حربيَّيْن، فَفَعَلا ذلك، ثم خَرَجَا مستأمِنَيْن)؛ لِمَا قلنا.

قال: (ولو خَرَجَا مسلمَيْن: قُضِيَ بالدَّيْن بينهما، ولم يُقْضَ بالغصب).

أما المداينةُ: فلأنها وَقَعَتْ صحيحةً؛ لوقوعها بالتراضي، والولايةُ ثابتةٌ حالةَ القضاء؛ لالتزامِهما الأحكامَ بالإسلام.

---

(١) أي فأدانه حربيٌّ، وضُبطت بتخفيف الدال أيضاً: فأَدَانه.

وإذا دَخَلَ المسلمُ دارَ الحرب بأمانٍ، فغَصَبَ حربياً، ثم خرَجَا مسلمَيْن: أُمِرَ بردِّ الغصب، ولم يُقضَ عليه.

وإذا دَخَلَ مسلمان دارَ الحرب بأمانٍ، فقتَلَ أحدُهما صاحبَه، عمداً أو خطأً: فعلىٰ القاتِلِ الديةُ في مالِه، وعليه الكفارةُ في الخطأ.

وأما الغصبُ: فلِمَا بيَّنَّا أنه مَلَكَه، ولا خُبْثَ في مِلكِ الحربي حتىٰ يُؤمَرَ بالردِّ.

قال: (وإذا دَخَلَ المسلمُ دارَ الحرب بأمانٍ، فغَصَبَ حربياً[١]، ثم خرَجَا مسلمَيْن: أُمِرَ بردِّ الغصب، ولم يُقضَ عليه).

أما عدمُ القضاء: فلِمَا بيَّنَّا أنه مَلَكَه.

وأما الأمرُ بالردِّ: ومرادُه الفتوىٰ به[٢]: فلأنه فَسَدَ الملكُ؛ لِمَا يُقارِنُه من المُحَرَّم، وهو نَقْضُ العَهْد.

قال: (وإذا دَخَلَ مسلمان دارَ الحرب بأمانٍ، فقتَلَ أحدُهما صاحبَه، عمداً أو خطأً: فعلىٰ القاتِلِ الديةُ في مالِه، وعليه الكفارةُ في الخطأ).

أما الكفارةُ: فلإطلاق الكتاب[٣].

---

(١) أي غصب مالَ حربيٍّ.

(٢) أي مراد الإمام محمد رحمه الله بالفتوىٰ به: الأمر بالرد فيما بينه وبين الله، ولا يُحكم بالجبر والإلزام. البناية ٩/٢٦٥.

(٣) وهو قوله تعالىٰ: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ...﴾. النساء/٩٢.

وإن كانا أسيرَيْن فقتَلَ أحدُهما صاحبَه، أو قَتَلَ مسلمٌ تاجرٌ أسيراً : فلا شيءَ علىٰ القاتل، إلا الكفارةَ في الخطأ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا : في الأسيرَيْن : الديةُ في الخطأ، والعمدِ.

وأما الديةُ: فلأنَّ العصمةَ الثابتةَ بالإحراز بدار الإسلام لا تبطلُ بعارض الدخولِ بالأمان.

وإنما لا يجبُ القصاصُ: لأنه لا يُمكنُ استيفاؤه إلا بمَنَعَةٍ، ولا مَنَعَةَ بدون الإمام وجماعةِ المسلمين، ولم يوجَدْ ذلك في دار الحرب.

وإنما تَجِبُ الديةُ في مالِه في العمد: لأن العواقِلَ لا تَعقِلُ العمدَ.

وفي الخطأ: لأنه لا قدرةَ لهم علىٰ الصيانةِ مع تباين الدارَيْن، والوجوبُ عليهم علىٰ اعتبار تَرْكِها.

قال: (وإن كانا أسيرَيْن فقتَلَ أحدُهما صاحبَه، أو قَتَلَ مسلمٌ تاجرٌ أسيراً: فلا شيءَ علىٰ القاتل، إلا الكفارةَ في الخطأ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: في الأسيرَيْن: الديةُ في الخطأ، والعمدِ)؛ لأن العصمةَ لا تبطلُ بعارضِ الأسر، كما لا تبطلُ بعارض الاستئمان؛ علىٰ ما بيَّنَّاه.

وامتناعُ القصاص: لعدم المَنَعَة.

وتجبُ الديةُ في ماله: لِمَا قلنا.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنَّ بالأسر صار تَبَعاً لهم؛ لصيرورته مقهوراً في أيديهم، ولهذا يصيرُ مقيماً بإقامتهم، ومسافراً بسفرهم، فيَبطلُ به

. . . .

الإحرازُ أصلاً، وصار كالمسلم الذي لم يُهاجِرْ إلينا.

وخُصَّ الخطأُ[١] بالكفارة: لأنه لا كفارةَ في العمد عندنا، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) وضُبطت في نُسخ بالمعلوم: وخَصَّ الخطأَ.

فصلٌ

وإذا دَخَلَ الحربيُّ إلينا مستأمِناً: لم يُمَكَّنْ أن يُقيمَ في دارنا سَنَةً، ويقولُ له الإمامُ: إن أقمتَ تمامَ السَّنَةِ: وَضَعْتُ عليكَ الجزيةَ.

وإذا مَكَثَ بعد ذلك سَنَةً: فهو ذميٌّ، وعليه الجزية.

فصلٌ

في بيان حُكْمِ المستأمِنِ من أهل الحرب

قال: (وإذا دَخَلَ الحربيُّ إلينا مستأمِناً: لم يُمكَّنْ أن يُقيمَ في دارنا سَنَةً، ويقولُ له الإمامُ: إن أقمتَ تمامَ السَّنَةِ: وَضَعْتُ عليكَ الجزيةَ).

والأصلُ أن الحربيَّ لا يُمكَّنُ من إقامةٍ دائمةٍ في دارنا، إلا باسترقاقٍ، أو جزيةٍ؛ لأنه يصيرُ عَيْناً لهم، وعَوْناً علينا، فتلتحِقُ المَضرَّةُ بالمسلمين.

ويُمكَّنُ من الإقامة اليسيرة؛ لأن في مَنْعِها قَطْعَ المِيْرةِ والجَلَبِ، وسَدَّ بابِ التجارة، ففَصَلْنا بينهما بسَنَةٍ؛ لأنها مدةٌ تجبُ فيها الجزيةُ، فتكونُ الإقامةُ لمصلحةِ الجزية.

ثم إن رَجَعَ بعد مَقالَةِ الإمامِ قبلَ تمامِ السَّنَة إلىٰ وطنه: فلا سبيلَ عليه.

قال: (وإذا مكَثَ بعد ذلك سَنَةً: فهو ذميٌّ، وعليه الجزية)؛ لأنه لَمَّا أقام سَنَةً بعد تقدُّم الإمام إليه[1]: صار ملتَزِماً الجزيةَ، فيصير ذمياً.

---

(١) أي قول الإمام له: إذا أقمتَ تمامَ السَّنَة وضعتُ عليك الجزية. يُقال: تقدَّم إليه الأمير بكذا، أو في كذا: إذا أَمَرَه به. العناية ٥/ ٢٧٠.

وللإمام أن يُؤَقِّتَ في ذلك ما دونَ السَّنَة.

وإذا أقامها: يصيرُ ذمياً.

ثم لا يُترَكُ أن يَرجِعَ إلىٰ دار الحرب.

فإن دخل الحربيُّ دارَنا بأمانٍ، فاشترىٰ أرضَ خراجٍ، فإذا وُضِعَ عليه الخراجُ: فهو ذميٌّ.

قال: (وللإمام أن يُؤَقِّتَ في ذلك ما دونَ السَّنَة)، كالشهرِ والشهرين.

قال: (وإذا أقامها[1]) بعدَ مقالةِ الإمام: (يصيرُ ذمياً)؛ لِمَا قلنا.

قال: (ثم لا يُترَكُ[2] أن يَرجِعَ إلىٰ دار الحرب)؛ لأن عقدَ الذمة لا يُنقَضُ، كيف وإنَّ فيه قَطْعَ الجزيةِ، وجَعْلَ ولدِه حَرْباً علينا، وفيه مضرَّةٌ بالمسلمين.

قال: (فإن دخل الحربيُّ دارَنا بأمانٍ، فاشترىٰ أرضَ خراجٍ، فإذا وُضِعَ عليه الخراجُ: فهو ذميٌّ)؛ لأن خراجَ الأرضِ بمنزلة خراجِ الرأسِ، فإذا التزمه: صار ذمياً، وصار ملتزِماً المُقامَ في دارنا.

أما بمجرد الشراء: فلا يصيرُ ذمياً؛ لأنه قد يشتريها للتجارة.

وإذا لَزِمَه خراجُ الأرضِ: فبعد ذلك تلزمُه الجزيةُ لسَنَةٍ مستقبَلَةٍ؛ لأنه يصيرُ ذمياً بلزوم الخراج، فتُعتبرُ المدةُ من وقتِ وجوبه.

---

(١) أي المدة.

(٢) وضبطت في نُسخ بالمعلوم: ثم لا يَترك. والتقدير: لا يَترك الإمامُ.

وإذا دَخَلَتْ حربيةٌ بأمانٍ، فتزوَّجتْ ذمياً : صارت ذميةً.

وإذا دَخَلَ حربيٌّ بأمانٍ، فتزوَّج ذميةً : لم يصِرْ ذمياً.

ولو أن حربياً دخل دارَنا بأمانٍ، ثم عاد إلىٰ دار الحرب، وتَرَكَ وديعةً عند مسلمٍ أو ذميٍّ، أو دَيْناً في ذِمَّتهم : فقد صار دَمُه مُباحاً بالعَوْد.

وما في دار الإسلام من مالِه علىٰ خَطَرٍ : فإن أُسِرَ، أو ظُهِرَ علىٰ الدار، فقُتِلَ : سقطت ديونُه، وصارت الوديعةُ فَيْئاً.

وقولُه في «الكتاب[1]»: فإذا وُضِعَ عليه الخراجُ: فهو ذميٌّ: تصريحٌ بشرط الوضع، فتتخرَّجُ عليه أحكامٌ جَمَّةٌ، فلا يُغفَلُ عنه[2].

قال: (وإذا دَخَلَتْ حربيةٌ بأمانٍ، فتزوَّجتْ ذمياً: صارت ذميةً)؛ لأنها التزمت المُقامَ تَبَعاً للزوج.

قال: (وإذا دَخَلَ حربيٌّ بأمانٍ، فتزوَّج ذميةً: لم يصِرْ ذمياً)؛ لأنه يُمكِنُه أن يُطلِّقَها، فيرجِعَ إلىٰ بلده، فلم يكن ملتزِماً المُقامَ.

قال: (ولو أن حربياً دخل دارَنا بأمانٍ، ثم عاد إلىٰ دار الحرب، وتَرَكَ وديعةً عند مسلمٍ أو ذميٍّ، أو دَيْناً في ذِمَّتهم: فقد صار دَمُه مُباحاً بالعَوْد)؛ لأنه أبطل أمانَه.

قال: (وما في دار الإسلام من مالِه علىٰ خَطَرٍ: فإن أُسِرَ، أو ظُهِرَ علىٰ الدار، فقُتِلَ: سقطت ديونُه، وصارت الوديعةُ فَيْئاً).

---

(١) أي الجامع الصغير ص١٦٤. البناية ٢٧١/٩، وقوله: تصريح: أي من محمد.

(٢) أي عن هذا الشرط.

وإن قُتِلَ، ولم يُظهَرْ علىٰ الدار : فالقرضُ والوديعةُ لورثته .

وما أَوْجفَ المسلمونَ عليه من أموالِ أهلِ الحرب بغيرِ قتالٍ : يُصرَفُ في مصالح المسلمين، كما يُصرَفُ الخراجُ.

أما الوديعةُ: فلأنها في يده تقديراً؛ لأنَّ يدَ المودَع كيده، فيصيرُ فيئاً تَبَعاً لنفسه.

وأما الدَّيْنُ: فلأنَّ إثباتَ اليدِ عليه بواسطة المطالبة، وقد سقطت، ويدُ مَن عليه أسبقُ إليه من يدِ العامة، فيَختصُّ به، فيسقط.

قال: (وإن قُتِلَ، ولم يُظهَرْ علىٰ الدار: فالقرضُ والوديعةُ لورثته).

وكذلك إذا مات؛ لأن نفسَه لم تَصِرْ مَغْنومةً، فكذلك مالُه، وهذا لأن حكمَ الأمانِ باقٍ في مالِه، فيُرَدُّ عليه أو علىٰ ورثتِه من بعده.

قال: (وما أَوْجفَ[1] المسلمونَ عليه من أموالِ أهلِ الحرب بغيرِ قتالٍ: يُصرَفُ في مصالح المسلمين، كما يُصرَفُ الخراجُ).

قالوا[2]: هو مِثْلُ الأراضي التي أَجْلَوْا أهلَها عنها، والجزيةِ[3]، ولا خُمُسَ في ذلك.

وقال الشافعي[4] رحمه الله: فيهما الخُمُسُ؛ اعتباراً بالغنيمة.

---

(١) أي أعمَلُوا فيه خيولَهم وركائبَهم.

(٢) أي مشايخنا علماء الحنفية. البناية ٩/٢٧٤.

(٣) بالجرِّ، معطوفةً علىٰ: الأراضي.

(٤) الحاوي الكبير ١٤/٢٥٦.

وإذا دخل الحربيُّ دارَنا بأمانٍ، وله امرأةٌ في دار الحرب، وأولادٌ صغارٌ وكبارٌ، ومالٌ أَوْدَعَ بعضَه ذمياً، وبعضَه حربياً، وبعضَه مسلماً، . . .

ولنا: ما روي أنه عليه الصلاة والسلام أَخَذَ الجزيةَ[١].

وكذا عمرُ[٢]، ومعاذٌ رضي الله عنهما، ووُضِعَ ذلك في بيت المال، ولم يُخْمَس[٣].

ولأنه مالٌ مأخوذٌ بقوة المسلمين من غير قتال، بخلاف الغنيمة؛ لأنه مملوكٌ بمباشرة الغانِمِين، وبقوة المسلمين، فاسْتُحِقَّ الخُمُسُ لمعنىً، واستحقَّه الغانمون لمعنىً.

وفي هذا[٤]: السببُ واحدٌ[٥]، وهو ما ذكرناه[٦]، فلا معنىً لإيجاب الخُمُس.

قال: (وإذا دخلِ الحربيُّ دارَنا بأمانٍ، وله امرأةٌ في دار الحرب، وأولادٌ صغارٌ وكبارٌ، ومالٌ أَوْدَعَ بعضَه ذمياً، وبعضَه حربياً، وبعضَه مسلماً،

---

(١) يعني من مجوس هجر. البناية ٢٧٦/٩، وينظر لتخريجه ما قال في الدراية ١٢٩/٢: أما المرفوع: فلم أره، وأما ـ أثرُ ـ عمرَ رضي الله عنه: فعند أبي داود (٢٩٦١)، وفيه إسناده انقطاع، وأما ـ أثرُ ـ معاذٍ رضي الله عنه: فلم أجده.

(٢) أي فيما أخذه من أهل السَّواد، وأما معاذٌ رضي الله عنه فقد أخذها من أهل اليمن.

(٣) وفي نُسخ: يَخْمُس. بالمبني للمعلوم.

(٤) أي فيما أوجف المسلمون عليه.

(٥) وهو الرعب بقوة المسلمين.

(٦) إشارة إلىٰ قوله: لأنه مالٌ مأخوذٌ بقوة المسلمين من غير قتال.

فأسلم ها هنا، ثم ظُهِرَ علىٰ الدار : فذلك كلُّه فيءٌ.

وإن أسلم في دار الحرب، ثم جاء، فظُهِرَ علىٰ الدار : فأولادُه الصغارُ أحرارٌ مسلمون.

وما كان له من مالٍ أودَعَه مسلماً أو ذمياً : فهو له، وما سوىٰ ذلك : فيءٌ.

فأسلم ها هنا[1]، ثم ظُهِرَ علىٰ الدار: فذلك كلُّه فيءٌ).

أما المرأةُ وأولادُه الكبار: فظاهرٌ؛ لأنهم حربيون، وهم كبارٌ، وليسوا بأتباع[2]، وكذلك ما في بطنِها لو كانت حاملاً؛ لِمَا قلنا من قبل.

وأما أولادُه الصغارُ: فلأن الصغيرَ إنما يصيرُ مسلماً تَبَعاً لإسلام أبيه إذا كان في يده، وتحتَ ولايتِه، ومع تباينِ الدارَيْن: لا يتحقَّقُ ذلك.

وكذا أموالُه لا تصيرُ محرَزَةً بإحرازه نفسَه؛ لاختلاف الدارَيْن، فبقي الكلُّ فيئاً وغنيمةً.

قال: (وإن أسلم في دار الحرب، ثم جاء، فظُهِرَ علىٰ الدار: فأولادُه الصغارُ أحرارٌ مسلمون)؛ تَبَعاً لأبيهم؛ لأنهم كانوا تحتَ ولايتِه حين أسلم، إذِ الدارُ واحدةٌ.

قال: (وما كان له من مالٍ أودَعَه مسلماً أو ذمياً: فهو له)؛ لأنه في يدٍ محترَمةٍ، ويدُه: كيده.

(وما سوىٰ ذلك: فيءٌ).

---

(١) أي في دار الإسلام.

(٢) أي بالبلوغ.

وإذا أسلم الحربيُّ في دار الحرب، فقتَلَه مسلمٌ، عمداً أو خطأً، وله ورثةٌ مسلمون هنالك: فلا شيءَ عليه، إلا الكفارةُ في الخطأ.

أما المرأةُ وأولادُه الكبارُ: فلِمَا قلنا.

وأما المالُ الذي في يد الحربي: فلأنه لم يصِرْ معصوماً؛ لأن يدَ الحربيِّ ليست يداً محترَمةً.

قال: (وإذا أسلم الحربيُّ في دار الحرب، فقتَلَه مسلمٌ، عمداً أو خطأً، وله ورثةٌ مسلمون هنالك: فلا شيءَ عليه، إلا الكفارةُ في الخطأ).

وقال الشافعي[1] رحمه الله: تجب الديةُ: في الخطأ، والقصاصُ: في العمد؛ لأنه أراق دماً معصوماً؛ لوجود العاصم، وهو الإسلام؛ لكونه مُستَجْلِباً للكرامة[2].

وهذا لأن العصمةَ أصلُها المُؤَثِّمةُ؛ لحصول أصلِ الزجرِ بها[3]، وهي[4] ثابتةٌ[5] إجماعاً، والمقوِّمةُ[6]: كَمَالٌ فيه[7]؛ لكمال الامتناع به،

---

(١) نهاية المطلب ١٧/ ٤٨٨.

(٢) التي منها العصمة.

(٣) فإنه مَن علم أنه يأثمُ بقتلٍ: ينزجرُ عنه.

(٤) أي العصمة.

(٥) أي بالإسلام.

(٦) أي العصمة المقوِّمة.

(٧) أي في أصل العصمة.

. . . .

فيكونُ[١] وَصْفاً فيه[٢]، فيتعلَّقُ[٣] بما عُلِّقَ به الأصلُ[٤].

ولنا: قولُه تعالىٰ: ﴿ فَإِن كَانَ مِن قَوۡمٍ عَدُوٍّ لَّكُمۡ وَهُوَ مُؤۡمِنٌ فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤۡمِنَةٍ...﴾. الآية. النساء/٩٢، جَعَلَ التحريرَ كلَّ الموجَبِ؛ رجوعاً إلىٰ حرفِ الفاء، أو إلىٰ كونه كلَّ المذكور، فينتفي غيرُه.

ولأن العصمةَ المُؤَثِّمةُ: بالآدمية؛ لأن الآدميَّ خُلِقَ متحمِّلاً أعباءَ التكليف، والقيامُ بها: بحرمة التعرض، والأموالُ تابعةٌ لها.

أما المقوِّمةُ: فالأصلُ فيها الأموالُ؛ لأن التقوُّمَ يُؤْذِنُ بجَبْر الفائت، وذلك في الأموال، دون النفوس؛ لأن من شَرْطِه التماثلَ، وهو في المال، دونَ النفس، فكانت النفوسُ تابعةً.

ثم العصمةُ المقوِّمةُ في الأموال: بالإحراز بالدار؛ لأن العِزَّةَ بالمَنَعَة، فكذلك في النفوس، إلا أن الشرعَ أسقط اعتبارَ مَنَعَةِ الكفرة[٥]؛ لِمَا أنه أوجب إبطالَها.

---

(١) أي الكمال.

(٢) أي في أصل الزجر، وهي الدية والقصاص.

(٣) أي يتعلق الوصف الذي هو المقومة بالإسلام.

(٤) وهي العصمة المؤثمة، وهي تتعلق بنفس الإسلام، وكذا العصمة المقومة أيضاً، فتثبت العصمة جميعاً بالإسلام، فتجب الكفارة والدية بقتل الحربي الذي أسلم في دار الحرب، ولم يهاجر إلينا. البناية ٩/ ٢٨٤.

(٥) وفي نُسخ: الكُفر.

ومَن قَتَلَ مسلماً خطأً، لا وليَّ له، أو قَتَلَ حربياً دخل إلينا بأمانٍ، فأسلم: فالديةُ علىٰ عاقلته: للإمام، وعليه الكفارةُ

وإن كان عمداً: فإن شاء الإمامُ قَتَلَه، وإن شاء أَخَذَ الديةَ.

والمرتدُّ والمستأمِنُ في دارنا: من أهل دارهم حُكماً؛ لقصدهما الانتقالَ إليها.

قال: (ومَن قَتَلَ مسلماً خطأً، لا وليَّ له، أو قَتَلَ حربياً دخل إلينا[1] بأمانٍ، فأسلم: فالديةُ علىٰ عاقلته: للإمام، وعليه الكفارةُ)؛ لأنه قَتَلَ نفساً معصومةً خطأً، فتُعتبرُ بسائر النفوس المعصومة.

ومعنىٰ قولِه: للإمام: أنَّ حقَّ الأخذ له؛ لأنه لا وارثَ له.

قال: (وإن كان عمداً: فإن شاء الإمامُ قَتَلَه، وإن شاء أَخَذَ الديةَ).

لأن النفسَ معصومةٌ، والقتلَ عمدٌ، والوليُّ معلومٌ، وهو العامةُ أو السلطانُ، قال عليه الصلاة والسلام: «السلطانُ وليُّ مَن لا وليَّ له»[2].

وقولُه: وإن شاء أَخَذَ الديةَ: معناه: بطريق الصلح؛ لأن موجَبَ العمد عندنا: هو القَوَدُ عيناً، وهذا لأن الديةَ أنفعُ في هذه المسألة من القَوَد، فلهذا كان له ولايةُ الصلح علىٰ المال.

---

(١) وفي نُسخ: دخل دارنا.

(٢) تقدم في ولاية النكاح، وهو في سنن ابن ماجه (١٨٨٠)، مصنف ابن أبي شيبة (١٥٩٣٣)، وفي سنده كلام، لكن له متابعات، وصححه بعضهم، وينظر الدراية ٢/٦١.

وليس له أن يَعفوَ.

قال: (وليس له أن يَعفوَ)؛ لأن الحقَّ للعامة، وولايتُه نظريةٌ، وليس من النظر إسقاطُ حقِّهم من غير عوضٍ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

باب
العُشْر والخَرَاج

أرضُ العربِ كلُّها أرضُ عُشْرٍ، وهي ما بين العُذَيْب إلىٰ أقصىٰ حَجَرٍ باليَمَن، بمَهْرَةَ، إلىٰ حَدِّ الشام.

والسَّوادُ: أرضُ خراجٍ، وهو ما بين العُذَيْب إلىٰ عَقَبَةِ حُلْوان، ومن الثَّعْلبيَّة ـ ويُقال: من العَلْثِ ـ إلىٰ عَبَّادان.

باب العُشْر والخَرَاج

قال: (أرضُ العربِ[١] كلُّها أرضُ عُشْرٍ، وهي ما بين العُذَيْب إلىٰ أقصىٰ حَجَرٍ باليَمَن، بمَهْرَةَ، إلىٰ حَدِّ الشام.

والسَّوادُ: أرضُ خراجٍ، وهو ما بين العُذَيْب إلىٰ عَقَبَةِ حُلْوان، ومن الثَّعْلبيَّة[٢] ـ ويُقال: من العَلْثِ ـ إلىٰ عَبَّادان).

لأن النبي عليه الصلاة والسلام، والخلفاءَ الراشدين رضي الله عنهم لم يأخذوا الخراجَ من أراضي العرب[٣].

---

(١) أي أرض الحجاز، وسمي ما يؤخذ علىٰ الأرض: خراجاً، وما يؤخذ علىٰ رؤوس أهل الذمة: جزية. البناية ٩/٢٨٩.

(٢) في البناية ٩/٢٩٠ عن الأترازي أن ما قيل: من الثعلبية إلىٰ عبَّادان: غلطٌ.

(٣) ذكره صاحب نصب الراية ٣/٤٣٨، وبيَّض له، ولم يخرِّجه، وكذلك صاحب الدراية ٢/١٣٠ قال: بيَّض له، وهكذا قال العيني في البناية ٩/٢٩١: ليس له =

. . . .

ولأنه بمنزلة الفيء، فلا يَثبتُ في أراضيهم، كما لا يثبتُ في رِقابهم.

وهذا لأن وَضْعَ الخراجِ من شَرْطه: أن يُقَرَّ أهلُها عليها علىٰ الكفر، كما في سَوَاد العراق.

ومشركو العرب: لا يُقبل منهم إلا الإسلامُ، أو السيفُ.

وعمرُ رضي الله عنه حين فَتَحَ السَّواد[1]: وَضَعَ الخراجَ عليها بمَحضَرٍ

أصل، ولم يذكر أحدٌ من الشرَّاح حالَ هذا الحديث بالكلية. اهـ.

أما ابن الهمام في الفتح ٢٧٨/٥ فقال: ولو فعله عليه الصلاة والسلام: لقضت العادةُ بنقله ولو بطريقٍ ضعيف، فلما لم يُنقل: دلَّ قضاءُ العادة علىٰ أنه لم يقع. اهـ؟!

قلت: سبحان الله، فقد جاء في كتاب الخراج لأبي يوسف ص٧١، فصلٌ في أرض الحجاز، قال: «وقد بلَغَنا أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم افتتح فتوحاً من الأرض العربية فوَضَعَ عليها العُشر، ولم يجعل علىٰ شيءٍ منها خراجاً». اهـ.

وبمعناه في الخراج ليحيىٰ بن آدم (٤٥): قال الإمام الحسن بن صالح بن حي (ت ١٦٩هـ، ثقة فقيه عابد): وكذلك صَنَعَ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم في كل أرض ظهر عليها من أرض العرب، فإنه لم يضع عليها الخراج. اهـ

وقد وصلتُ إلىٰ نص أبي يوسف عن طريق تعليقةٍ لمحقِّق الدراية ٤١٧/٢ طبعة دار اللباب، حيث كتب تعليقاً: جاء في هامش الأصل ـ الدراية بخط المؤلف الحافظ ابن حجر ـ: يُنظر الخراج، لأبي يوسف. اهـ، وينظر التعريف والإخبار ٣٣٣/٣.

وأنبِّه هنا إلىٰ أنه جاء لفظ: ينظر: عند هذا المحقق محرَّفةً إلىٰ: منكر، وقد تبين لي الصواب بمراجعة النسخة التي هي بخط الحافظ ابن حجر.

(١) أي سواد الكوفة، وهو سواد العراق. البناية ٢٩٠/٩.

وأرضُ السَّوَادِ مملوكةٌ لأهلها، يجوز بيعُهم لها، وتصرُّفُهم فيها.

وكلُّ أرضٍ أسلم أهلُها عليها، أو فُتِحت عَنوةً، وقُسِمت بين الغانمين: فهي أرضُ عُشْر.

من الصحابة رضي الله عنهم[1].

ووَضَعَ[2] علىٰ مصرَ حين افتتحها عَمْرُو بن العاص[3] رضي الله عنه.

وكذا أجمعتِ الصحابةُ رضي الله عنهم علىٰ وَضْعِ الخراجِ علىٰ الشام[4].

قال: (وأرضُ السَّوَادِ[5] مملوكةٌ لأهلها، يجوز بيعُهم لها، وتصرُّفُهم فيها)؛ لأن الإمامَ إذا فَتَحَ أرضاً عَنوةً وقهراً: له أن يُقِرَّ أهلَها عليها، ويَضَعَ عليها وعلىٰ رؤوسِهم الخراجَ، فتبقىٰ الأراضي مملوكةً لأهلها، وقد قدَّمناه من قبل.

قال: (وكلُّ أرضٍ أسلم أهلُها عليها، أو فُتِحت عَنوةً، وقُسِمت بين الغانِمِين: فهي أرضُ عُشْر).

---

(١) الأموال لأبي عبيد ص٥٩، وهو منقطع، لكن بمعناه في صحيح البخاري (٤٢٣٥)، وينظر نصب الراية ٣/٤٣٨، الدراية ٢/١٣٠، فتح الباري ٦/٢٢٤.

(٢) أي وضع عمر بن الخطاب رضي الله عنه الخراج علىٰ مصر حين افتتحها عمرُو بن العاص رضي الله عنه صلحاً. البناية ٩/٢٩٢.

(٣) عزاه في نصب الراية ٣/٤٣٨، وفي الدراية ٢/١٣٠ للواقدي.

(٤) وفي نُسخ: اجتمعت الصحابة...إلخ. ينظر الدراية ٢/١٣٠.

(٥) أي أرض سواد العراق، أي سواد الكوفة، أي قُراها. البناية ٩/٢٩٠.

وكلٌّ أرضٍ فُتِحت عَنوةً، فأُقِرَّ أهلُها عليها: فهي أرضُ خراجٍ.

وفي «الجامع الصغير»: كلُّ أرضٍ فُتِحَتْ عَنْوَةً، فوَصَلَ إليها ماءُ الأنهار: فهي أرضُ خراجٍ، وما لم يَصِلْ إليها ماءُ الأنهار، واستُخرِجَ منها عَيْنٌ: فهيَ أرضُ عُشْرٍ.

لأن الحاجةَ إلىٰ ابتداء التوظيف: علىٰ المسلم، والعُشرُ أليقُ به؛ لِمَا فيه من معنىٰ العبادة، وكذا هو أخفُّ؛ حيث يتعلَّق بنفس الخارج.

قال: (وكلٌّ أرضٍ فُتِحت عَنوةً، فأُقِرَّ أهلُها عليها: فهي أرضُ خراجٍ).

وكذا إذا صالحهم؛ لأن الحاجةَ إلىٰ ابتداء التوظيف: علىٰ الكافر، والخراجُ أليقُ به.

ومكةُ مخصوصةٌ من هذا، فإن رسولَ الله صلىٰ الله عليه وسلم فَتَحَها عَنوةً، وتَرَكَها لأهلها، ولم يُوظِّفِ الخراجَ[1].

قال: (وفي «الجامع الصغير[2]»: كلُّ أرضٍ فُتِحَتْ عَنْوَةً، فوَصَلَ إليها ماءُ الأنهار: فهي أرضُ خراجٍ، وما لم يَصِلْ إليها ماءُ الأنهار، واستُخرِجَ منها عَيْنٌ: فهيَ أرضُ عُشْرٍ)؛ لأن العُشْرَ يتعلَّقُ بالأرض النامية، ونماؤها: بمائها، فيُعتبرُ السَّقْيُ بماءِ العُشر، أو بماء الخراج.

---

(١) ينظر: نصب الراية ٣/٤٣٩، فقد ذكر عدَّة أحاديث في الصحيحين، صحيح مسلم (١٧٨٠) استنبط منها العلماء أن مكَّة فُتحت عنوة، ولم تفتح صلحاً، وينظر البناية ٦/٦٤٤، التعريف والإخبار ٣/٣٣٥، وعزاه للأموال لأبي عبيد (١٥٦٣).

(٢) ص١٦٠.

ومَن أحيا أرضاً مَوَاتاً : فهي عند أبي يوسف رحمه الله معتبرةٌ بحَيِّزها، فإن كانت من حَيِّز أرضِ الخراج فهي خراجيةٌ، وإن كانت من حَيِّز أرضِ العُشر : فهي عُشْريةٌ.

والبصرةُ عنده : عُشْريةٌ بإجماع الصحابةِ رضي الله عنهم.

قال: (ومَن أحيا أرضاً مَوَاتاً: فهي عند أبي يوسف رحمه الله معتبرةٌ بحَيِّزها، فإن كانت من حَيِّز أرضِ الخراج)، ومعناه: بقُرْبه: (فهي خراجيةٌ، وإن كانت من حَيِّز أرضِ العُشر: فهي عُشْريةٌ.

والبصرةُ عنده: عُشْريةٌ بإجماع الصحابةِ[١] رضي الله عنهم)؛ لأن حَيِّزَ الشيءِ يُعطَىٰ له حُكمُه؛ كفِناء الدار يُعطىٰ له حُكْمُ الدار، حتىٰ يجوزُ لصاحبها الانتفاعُ به.

وكذا لا يجوزُ إحياءُ[٢] ما قَرُبَ من العامر.

وكان القياسُ في البصرة: أن تكون خراجيةً؛ لأنها من حَيِّز أرض الخراج، إلا أن الصحابةَ رضي الله عنهم وظَّفوا عليها العُشْرَ[٣]، فتُرِكَ[٤] القياسُ؛ لإجماعهم.

---

(١) سيأتي تخريج هذا الإجماع بعد حاشية واحدة.

(٢) وفي نُسخ: أَخْذُ.

(٣) قال الزيلعي في نصب الراية ٣/٤٤٠: ذكره أبو عمر ابن عبد البر، وغيره. اهـ، وقال ابن حجر في الدراية ٢/١٣١: «لم أجده هكذا، وقد ذكره أبو عمر، وغيره، قلت: قد أخرجه عمرو بن شَبَّة في تاريخ البصرة، ويحيىٰ بن آدم في كتاب الخراج مفسَّراً مبيَّناً». اهـ، وينظر: الخراج ليحيىٰ بن آدم ص ٢٩(٥٧).

(٤) وضبطت في نُسخ: فتَرَكَ القياسَ. أي أبو يوسف رحمه الله. حاشية ٧٩٧هـ.

وقال محمدٌ رحمه الله : إن أحياها ببئرٍ حَفَرَها، أو عَيْنٍ استخرجها، أو ماءِ دِجْلَةَ أو الفراتِ أو الأنهارِ العِظَامِ التي لا يَملِكُها أحدٌ : فهي عُشْريةٌ.

وإن أحياها بماءِ الأنهار التي احتَفَرَها الأعاجِمُ، مثلُ نهرِ المَلِكِ، ونهرِ يَزْدَجْرِدْ : فهي خراجيةٌ.

والخَرَاجُ الذي وَضَعَه عمرُ رضي الله عنه علىٰ أهل السَّواد من كلِّ جَرِيبٍ يبلُغُه الماءُ : قَفِيزٌ هاشميٌّ، وهو الصاعُ ودرهمٌ.

قال: (وقال محمدٌ رحمه الله: إن أحياها ببئرٍ حَفَرَها، أو عَيْنٍ استخرجها، أو ماءِ دِجْلَةَ أو الفراتِ أو الأنهارِ العِظَامِ التي لا يَملِكُها أحدٌ: فهي عُشْريةٌ)، وكذا إن أحياها بماء السماء.

قال: (وإن أحياها بماءِ الأنهار التي احتَفَرَها الأعاجِمُ، مثلُ نهرِ المَلِكِ[١]، ونهرِ يَزْدَجْرِدْ: فهي خراجيةٌ)؛ لِمَا ذكرنا من اعتبار الماء، إذ هو السببُ للنماء.

ولأنه لا يُمكِنُ توظيفُ الخراجِ ابتداءً علىٰ المسلم كَرْهاً، فيُعتبرُ في ذلك: الماءُ؛ لأن السَّقْيَ بماء الخراجِ: دلالةُ التزامه.

قال: (والخَرَاجُ الذي وَضَعَه عمرُ رضي الله عنه علىٰ أهل السَّواد من كلِّ جَرِيبٍ[٢] يبلُغُه الماءُ: قَفِيزٌ هاشميٌّ، وهو الصاعُ ودرهمٌ.

---

(١) أي كسرىٰ نوشروان، نهرٌ قريب من بغداد. ينظر البناية ٩/٢٩٩.

(٢) الجريب: أرضٌ طولُها ستون ذراعاً، وعرضها ستون ذراعاً بذراع الملك. البناية ٩/٣٠٠.

ومِن جَرِيْبِ الرَّطْبة : خمسةُ دراهمَ.

ومِن جَرِيب الكَرْمِ المتَّصل، والنخيلِ المتصل : عشرةُ دراهم.

وما سوىٰ ذلك من الأصناف، كالزعفران، والبُستان، وغيرِ ذلك : يُوضَعُ عليها بحسب الطاقة.

ومِن جَرِيْبِ الرَّطْبة: خمسةُ دراهمَ.

ومِن جَرِيب الكَرْمِ المتَّصل، والنخيلِ المتصل: عشرةُ دراهم).

هذا هو المنقولُ عن عمر رضي الله عنه، فإنه بعث عثمانَ بنَ حُنَيْف رضي الله عنه حتىٰ يَمْسَحَ سَوَادَ العراق، وجَعَلَ حذيفةَ بنَ اليَمَان رضي الله عنه عليه مشرِفاً، فمَسَحَ، فبَلَغَ ستاً وثلاثين ألفَ ألفِ جريبٍ، ووَضَعَ علىٰ ذلك ما قلنا، وكان ذلك بمَحضرٍ من الصحابة رضي الله عنهم[1]، من غير نكيرٍ، فكان إجماعاً منهم.

ولأن المُؤَنَ متفاوتةٌ، فالكَرْمُ: أخفُّها مؤنةً، والمَزَارِعُ: أكثرُها مؤنةً، والرِّطابُ: بينهما، والوظيفةُ تتفاوتُ بتفاوتِها، فجُعِلَ الواجبُ في الكَرْمِ: أعلاها، وفي الزَّرْعِ: أدناها، وفي الرَّطبة: أوسطَها.

قال: (وما سوىٰ ذلك من الأصناف، كالزعفران، والبُستان[2]، وغيرِ ذلك[3]: يُوضَعُ عليها بحسب الطاقة).

---

(١) الخراج لأبي يوسف ص ٣٦، الأموال لأبي عبيد ص ٦٩، المصنف لعبد الرزاق ٦/١٠٠، وينظر نصب الراية ٣/٤٣٨، ٤٤٠، الدراية ٢/١٣١.

(٢) سيشرحها المؤلف بعد قليل.

(٣) وفي نُسخ: وغيره.

فإن لم تُطِقْ ما وُضِعَ عليها : نَقَصَهمُ الإمامُ.

لأنه ليس فيه توظيفُ عمرَ رضي الله عنه، وقد اعتَبَرَ الطاقةَ في ذلك، فنعتبرُها فيما لا توظيفَ فيه.

قالوا[١]: ونهايةُ الطاقةِ: أن يَبلُغَ الواجبُ نصفَ الخارجِ، لا يُزادُ عليه؛ لأن التنصيفَ: عينُ الإنصاف، لِمَا كان لنا أن نقسمَ الكلَّ بين الغانمين.

والبستانُ: كلُّ أرضٍ يحوطُها حائطٌ، وفيها نخيلٌ متفرقةٌ، وأشجارٌ أُخَرَ.

وفي ديارنا[٢] وظَّفوا من الدراهم في الأراضي كلِّها، وتُرِكَ كذلك؛ لأن التقديرَ يجبُ أن يكونَ بقَدْر الطاقةِ من أيِّ شيءٍ كان.

قال: (فإن لم تُطِقْ ما وُضِعَ عليها: نَقَصَهمُ الإمامُ).

والنقصانُ عند قِلَّةِ الرَّيْع[٣]: جائزٌ، بالإجماع، ألا ترىٰ إلىٰ قولِ عمر رضي الله عنه: «لعلَّكما حَمَّلتُما الأرضَ ما لا تُطيق؟! فقالا: لا، بل حَمَّلناها ما تُطيقُ، ولو زِدْنا: لأطاقت»[٤].

وهذا يدل علىٰ جواز النقصان.

وأما الزيادةُ عند زيادةِ الرَّيْع: فتجوزُ عند محمدٍ رحمه الله؛ اعتباراً بالنقصان.

---

(١) أي مشايخ الحنفية رحمهم الله.

(٢) أي ديار المؤلف، وهي فرغانة، ومنها: مرغينان، وراء نهر جيحون وسيحون. البناية ٣٠٦/٩.

(٣) أي غلة الأرض. المغرب (ريع).

(٤) صحيح البخاري (٣٧٠٠).

وإن غَلَبَ علىٰ أرضِ الخراجِ الماءُ، أو انقطَعَ عنها، أو اصْطَلَمَ الزرعَ آفةٌ: فلا خراجَ عليه.

وإن عطَّلها صاحبُها: فعليه الخراجُ.

وعند أبي يوسف رحمه الله: لا تجوزُ؛ لأن عمرَ رضي الله عنه لم يَزِدْ حين أُخبِرَ بزيادة الطاقة.

قال: (وإن غَلَبَ علىٰ أرضِ الخراجِ الماءُ، أو انقطَعَ[١] عنها، أو اصْطَلَمَ[٢] الزرعَ آفةٌ: فلا خراجَ عليه)؛ لأنه فات التمكُّنُ من الزراعة، وهو النماءُ التقديريُّ المعتبرُ في الخراج.

وفيما إذا اصْطَلَمَ الزرعَ آفةٌ: فات النماءُ التقديريُّ في بعض الحَوْل، وكونُه نامياً في جميع الحَوْل: شَرْطٌ، كما في مال الزكاة.

أو يُدارُ الحكمُ علىٰ الحقيقة عند خروجِ الخارج.

قال: (وإن عطَّلها صاحبُها: فعليه الخراجُ)؛ لأن التمكَّنَ كان ثابتاً، وهو الذي فَوَّته.

قالوا[٣]: مَن انتقل إلىٰ أَخَسِّ الأمرَيْن من غير عُذْرٍ: فعليه خراجُ الأعلىٰ؛ لأنه هو الذي ضيَّع الزيادةَ، وهذا يُعرَفُ، ولا يُفتَىٰ به؛ كي لا يتجرَّأ الظَّلَمةُ علىٰ أَخْذِ أموال الناس.

---

(١) وفي طبعات الهداية القديمة: أو انقطع الماء عنها.

(٢) الاصطلام: الاستئصال.

(٣) أي مشايخنا رحمهم الله في شروح الجامع الصغير. البناية ٩/٣١٠.

ومَن أسلم من أهلِ الخراج : أُخِذَ منه الخراجُ علىٰ حاله .

ويجوزُ أن يَشتريَ المسلمُ أرضَ الخراجِ من الذميِّ، ويُؤخَذُ منه الخراجُ.

ولا عُشْرَ في الخارجِ من أرضِ الخراج .

قال: (ومَن أسلم من أهلِ الخراج: أُخِذَ منه الخراجُ علىٰ حاله)؛ لأن فيه معنىٰ المؤنة، فيُعتبرُ مؤنةً[1] في حالة البقاء، فأمكَنَ إبقاؤه علىٰ المسلم.

قال: (ويجوزُ أن يَشتريَ المسلمُ أرضَ الخراجِ من الذميِّ، ويُؤخَذُ منه الخراجُ)؛ لِمَا قلنا.

وقد صحَّ أن الصحابةَ رضي الله عنهم اشترَوْا أراضيَ الخراج، وكانوا يؤدُّون خَرَاجَها[2].

فدلَّ علىٰ جوازِ الشراء، وأَخْذِ الخراجِ، وأدائه للمسلم عن غيرِ كراهة.

قال: (ولا عُشْرَ في الخارجِ من أرضِ الخراج).

وقال الشافعي[3] رحمه الله: يُجمَعُ بينهما؛ لأنهما حَقَّان مختلفان، وَجَبَا في محلَّيْن، بسببَيْن مختلفَيْن، فلا يتنافيان.

---

(١) أي لا عقوبةً.

(٢) نصب الراية ٤/٤٤١، معزواً للبيهقي في المعرفة ٧/٩٣، ولكتاب الخراج ليحيىٰ ابن آدم ص٥٦، وغيرهما، وينظر الدراية ٢/١٣١.

(٣) البيان للعمراني ٣/٢٦٤.

ولا يتكرَّرُ الخراجُ بتكرُّر الخارجِ في سَنَةٍ.

ولنا: قولُه عليه الصلاة والسلام: «لا يجتمعُ عُشْرٌ وخراجٌ في أرضِ مسلمٍ»[١].

ولأن أحداً من أئمةِ العدلِ والجَوْرِ لم يَجمَعْ بينهما، وكفىٰ بإجماعهم حجةً[٢].

ولأن الخراجَ يجبُ في أرضٍ فُتِحَتْ عَنْوَةً وقَهْراً، والعشرُ في أرضٍ أسلم أهلُها طَوْعاً، والوصفان لا يجتمعان في أرضٍ واحدةٍ، وسببُ الحقَّيْن واحدٌ، وهو الأرضُ الناميةُ، إلا أنه يُعتبرُ في العُشْر تحقيقاً، وفي الخراج تقديراً، ولهذا يُضافان إلىٰ الأرض.

وعلىٰ هذا الخلاف: الزكاةُ مع أحدهما[٣].

قال: (ولا يتكرَّرُ الخراجُ بتكرُّر الخارجِ في سَنَةٍ)؛ لأن عمرَ رضي الله عنه لم يُوَظِّفْه مكرَّراً[٤].

---

(١) الدراية ١٣٢/٢: ابن عدي (الكامل ١٢٨/٩) عن ابن مسعود رفعه بلفظ: «لا يجتمع علىٰ مسلم خراجٌ وعُشرٌ»، وفيه: يحيىٰ بن عنبسة: وهو واهٍ، وقال الدارقطني: هو كذاب، وينظر التعريف والإخبار ٢٣٦/٣.

(٢) ينظر لهذا الإجماع ومناقشته: التعريف والإخبار ٣٣٦/٣.

(٣) أي لا تجتمع الزكاة مع الخراج، أو العشر.

(٤) استدرك العلامة قاسم في التعريف والإخبار ٣٣٨/٣، وفي منية الألمعي ص٣٩٧ علىٰ ما جاء في نصب الراية ٤٤٤/٣، والدراية ١٣٢/٢ من تخريج هذا الأثر عن عمر رضي الله عنه، وأنهما خرَّجا ما يتعلَّق بالعُشر، لا بالخراج، ثم قال: ما =

. . . .

بخلاف العُشر: لأنه لا يتحقَّق عُشْراً إلا بوجوبه في كلِّ خارجٍ، والله تعالىٰ أعلمُ بالصواب.

* * * * *

ذكره الأصحاب ـ أي من الحنفية ـ مأخوذٌ من استقراء آثار عمر رضي الله عنه، ثم بيَّن ذلك، فليُنظر.

باب الجِزْيَة

وهي علىٰ ضربَيْن : جزيةٌ تُوضَعُ بالتراضي والصُّلْح، فتَتَقدَّرُ بحَسَب ما يقعُ عليه الاتفاقُ.

وجزيةٌ يَبْتَدِئُ الإمامُ وَضْعَها إذا غَلَبَ الإمامُ علىٰ الكفار، وأقرَّهم علىٰ أملاكهم، فيَضَعُ علىٰ الغنيِّ الظاهِرِ الغِنَىٰ في كل سَنَةٍ ثمانيةً وأربعين درهماً، يأخذُ منه في كلِّ شهرٍ أربعةَ دراهم.

باب الجِزْيَة

قال: (وهي علىٰ ضربَيْن: جزيةٌ تُوضَعُ بالتراضي والصُّلْح، فتَتَقدَّرُ بحَسَب ما يقعُ عليه الاتفاقُ)، كما صالَحَ رسولُ الله عليه الصلاة والسلام بني نجران علىٰ ألفٍ ومائتي حُلَّةٍ[(١)].

ولأن الموجِبَ هو التراضي، فلا يجوزُ التعدِّي إلىٰ غيرِ ما وَقَعَ عليه الاتفاق.

قال: (وجزيةٌ يَبْتَدِئُ الإمامُ وَضْعَها إذا غَلَبَ الإمامُ علىٰ الكفار، وأقرَّهم علىٰ أملاكهم، فيَضَعُ علىٰ الغنيِّ الظاهِرِ الغِنَىٰ في كل سَنَةٍ ثمانيةً وأربعين درهماً، يأخذُ منه في كلِّ شهرٍ أربعةَ دراهم.

---

(١) سنن أبي داود (٣٠٤١)، قال في الدراية ١٣٣/٢: رواته ثقات إلا أن في سماع السدي من ابن عباس نظرٌ، والحُلَّة هي: إزارٌ ورِداءٌ. البناية ٣٢٥/٩.

وعلىٰ وَسَطِ الحالِ: أربعةً وعشرين درهماً، في كلِّ شهرٍ درهمين.
وعلىٰ الفقير المُعتَمِلِ: اثنَيْ عشرَ درهماً، في كل شهرٍ درهماً.

وعلىٰ وَسَطِ الحالِ: أربعةً وعشرين درهماً، في كلِّ شهرٍ درهمين.

وعلىٰ الفقير المُعتَمِلِ: اثنَيْ عشرَ درهماً، في كل شهرٍ درهماً)، وهذا عندنا.

وقال الشافعي[1] رحمه الله: يَضَعُ علىٰ كلِّ حالِمٍ ديناراً، أو ما يَعدِلُ الدينارَ.

والغنيُّ والفقيرُ في ذلك سواءٌ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام لمعاذٍ رضي الله عنه: «خُذْ من كلِّ حالِمٍ وحالِمَةٍ ديناراً، أو عَدْلَه مَعَافِرَ[2]»[3]، من غير فَصْلٍ.

ولأن الجزيةَ إنما وَجَبَتْ بدلاً عن القتل، حتىٰ لا تجبُ علىٰ مَن لا يجوزُ قَتْلُه بسبب الكفر، كالذَّرَارِي والنِّسْوان.

وهذا المعنىٰ يَنتظمُ الفقيرَ والغنيَّ.

ومذهبُنا منقولٌ عن عمرَ وعثمانَ وعليٍّ رضي الله عنهم أجمعين[4]، ولم يُنكِرْ عليهم أحدٌ من المهاجرين والأنصار رضي الله عنهم.

---

(١) المهذب ٣٠٨/٣.

(٢) أي خُذْ مثل دينارٍ ثوباً من هذا الجنس، والمعافري: ثوبٌ منسوبٌ إلىٰ معافر بن مُرّ، ثم صار اسماً للثوب بغير نسبة. البناية ٣٢٩/٩.

(٣) سنن أبي داود (١٥٧٦)، سنن الترمذي (٦٢٣)، وصححه ابن حبان (٤٨٨٦).

(٤) ينظر لهذه الآثار الدراية ١٣٣/٢.

وتُوضَعُ الجزيةُ علىٰ أهلِ الكتاب، والمَجُوسِ.

وعَبَدَةِ الأوثانِ من العَجَم.

ولأنه وَجَبَت نُصْرةً للمقاتِلَة، فتجبُ علىٰ التفاوت، بمنزلة خراجِ الأرض.

وهذا لأنه وَجَبَت بدلاً عن النُّصْرة بالنفس والمال، وذلك يتفاوتُ بكثرة الوَفْر[١]، وقِلَّتِه، فكذا ما هو بَدَلُه.

وما رواه: محمولٌ علىٰ أنه كان ذلك صُلْحاً، ولهذا أَمَرَه بالأخذ من الحالِمةِ وإن كانت لا يُؤخَذُ منها الجزية.

قال: (وتُوضَعُ الجزيةُ علىٰ أهلِ الكتاب، والمَجُوسِ)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حَتَّىٰ يُعْطُواْ ٱلْجِزْيَةَ﴾. الآية. التوبة/٢٩.

ووَضَعَ رسولُ الله عليه الصلاة والسلام الجزيةَ علىٰ المَجُوسِ[٢].

قال: (وعَبَدَةِ الأوثانِ من العَجَم).

وفيه خلافُ الشافعي[٣] رحمه الله، هو يقول: إن القتالَ واجبٌ؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَقَٰتِلُوهُمْ﴾. البقرة/١٩٣.

إلا أنَّا عَرَفْنا جوازَ تَرْكِه في حَقِّ أهل الكتاب بالكتاب[٤].

---

(١) أي المال.

(٢) صحيح البخاري (٢١٥٧).

(٣) الحاوي الكبير ٩/٢٢١.

(٤) وهو قوله تعالىٰ: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُواْ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ﴾. التوبة/٢٩.

وإن ظُهِرَ عليهم قبلَ ذلك: فهم ونساؤهم وصِبْيانُهم فَيْءٌ.

ولا تُوضَعُ علىٰ عَبَدَةِ الأوثان من العرب، ولا المرتدين.

وفي حَقِّ المجوس بالخبر[١]، فبقيَ مَن وراءَهم علىٰ الأصل[٢].

ولنا: أنه يجوز استرقاقُهم، فيجوزُ ضَرْبُ الجزيةِ عليهم، إذْ كلٌّ واحدٍ منهما يشتملُ علىٰ سَلْبِ النفسِ منهم، فإنه يكتسِبُ ويؤدِّي إلىٰ المسلمين، ونفقتُه في كَسْبِه.

قال: (وإن ظُهِرَ عليهم قبلَ ذلك[٣]: فهم ونساؤهم وصِبْيانُهم فَيْءٌ)؛ لجواز استرقاقهم.

قال: (ولا تُوضَعُ علىٰ عَبَدَةِ الأوثان من العرب، ولا المرتدين)؛ لأن كفرَهما قد تغلَّظ[٤].

أما مشركو العرب: فلأن النبيَّ عليه الصلاة والسلام نشأ بين أظهرُهم، والقرآنُ نَزَلَ بلُغَتِهم، فالمعجزةُ في حقِّهم أظهرُ[٥].

وأما المرتدُّ: فلأنه كَفَرَ بربِّه بعد ما هُدِيَ للإسلام، ووَقَفَ علىٰ محاسنه،

---

(١) وهو قوله صلىٰ الله عليه وسلم: «سُنُّوا بهم سُنَّةَ أهل الكتاب». تقدم ذكره وتخريجه في باب المحرمات من النساء في النكاح.

(٢) أي من النصوص العامة، وهو عدم الأخذ.

(٣) أي قبل وضع الجزية عليهم. البناية ٣٤٧/٩، وفي نُسخ: ظَهَرْنا عليهم.

(٤) وكل مَن تغلَّظ كفرُه: لا يُقبل منه إلا السيف أو الإسلام.

(٥) فكانوا أحق الناس بالتساعد والقيام بنصرة النبي صلىٰ الله عليه وسلم.

وإذا ظُهِرَ عليهم : فنساؤهم وصِبْيانُهم فيءٌ.

ومَن لم يُسْلِمْ من رجالهم : قُتِلَ.

ولا جزيةَ علىٰ امرأةٍ، ولا صبيٍّ.

فلا يُقبَلُ من الفريقَيْن[1] إلا الإسلامُ أو السيفُ؛ زيادةً في العقوبة.

وعند الشافعي[2] رحمه الله: يُسْتَرَقُّ مشركو العرب.

وجوابُه: ما قلناه[3].

قال: (وإذا ظُهِرَ عليهم[4]: فنساؤهم وصِبْيانُهم فيءٌ).

لأن أبا بكرٍ الصديقَ رضي الله عنه استرقَّ نِسْوانَ بني حَنِيْفة وصبيانَهم لَمَّا ارتدُّوا، وقَسَمَهم بين الغانمين[5].

قال: (ومَن لم يُسْلِمْ من رجالهم: قُتِلَ)؛ لِمَا ذكرنا.

قال: (ولا جزيةَ علىٰ امرأةٍ، ولا صبيٍّ)؛ لأنها وجبت بدلاً عن القتل، أو عن القتال، وهما لا يُقْتَلان، ولا يُقاتِلان؛ لعدم الأهلية.

---

(١) أي عبدة الأوثان من العرب، والمرتدين.

(٢) المجموع ١٩/٢٩٠.

(٣) أي من تغلُّظ كفرهم. حاشية سعدي.

(٤) أي إذا غُلِب علىٰ مشركي العرب والمرتدين، وفي نُسخ: ظَهَرْنا عليهم.

(٥) عزاه الزيلعي في نصب الراية ٣/٤٥٠ للواقدي، وكذلك ابن حجر في الدراية ٢/١٣٥.

ولا زَمِنٍ، ولا أعمىً.

ولا علىٰ فقيرٍ غيرِ مُعتَمِلٍ.

ولا تُوضَعُ علىٰ المملوك، والمكاتَبِ، والمدبَّر، وأمِّ الولد.

قال: (ولا زَمِنٍ، ولا أعمىً).

وكذا المَفلوجُ، والشيخُ الكبيرُ؛ لِمَا بيَّنَّا.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه تجبُ إذا كان له مالٌ؛ لأنه يُقتَلُ في الجملة إذا كان له رأيٌ.

قال: (ولا علىٰ فقيرٍ غيرِ مُعتَمِلٍ).

خلافاً للشافعي[١] رحمه الله.

له: إطلاقُ حديثِ معاذٍ[٢] رضي الله عنه.

ولنا: أن عثمانَ رضي الله عنه لم يُوَظِّفْها علىٰ فقيرٍ غيرِ معتَمِلٍ[٣]، وكان ذلك بمَحْضَرٍ من الصحابة رضي الله عنهم.

ولأن خراجَ الأرضِ لا يُوظَّفُ علىٰ أرضٍ لا طاقةَ لها، فكذا هذا الخراجُ.

والحديثُ: محمولٌ علىٰ المُعتمِلِ.

قال: (ولا تُوضَعُ علىٰ المملوك، والمكاتَبِ، والمدبَّر، وأمِّ الولد)؛ لأنها بدلٌ عن القتل في حَقِّهم، وعن النُّصْرة في حَقِّنا.

---

(١) مغني المحتاج ٢٤٦/٤.

(٢) أي قوله صلىٰ الله عليه وسلم: «خذ من كل حالم ديناراً».

(٣) قال في الدراية ١٣٥/٢: لم أجده.

ولا علىٰ الرُّهبان الذين لا يُخالِطون الناسَ.

ومَن أسلم وعليه جزيةٌ: سقطتْ عنه.

وعلىٰ اعتبار الثاني: لا تجبُ، فلا تجبُ بالشك.

ولا يؤدِّي عنهم مواليهم؛ لأنهم تحمَّلوا الزيادةَ بسببهم.

قال: (ولا) تُوضَعُ (علىٰ الرُّهبان الذين لا يُخالِطون الناسَ).

كذا ذَكَرَ[1] ها هنا.

وذَكَرَ محمدٌ عن أبي حنيفة رحمهما الله: أنها تُوضَعُ عليهم إذا كانوا يَقدِرون علىٰ العمل، وهو قولُ أبي يوسف رحمه الله.

وجهُ الوضع عليهم: أن القدرةَ علىٰ العمل[2] هو الذي ضيَّعها، فصار كتعطيل الأرض الخراجية.

ووجهُ الوضع عنهم: أنه لا قَتْلَ عليهم إذا كانوا لا يخالِطون الناسَ، والجزيةُ في حَقِّهم لإسقاط القتل.

ولا بدَّ أن يكونَ المعتمِلُ صحيحاً، ويُكتفَىٰ بصحته في أكثر السَّنَة.

قال: (ومَن أسلم وعليه جزيةٌ: سقطتْ عنه).

وكذلك إذا مات كافراً.

خلافاً للشافعي[3] رحمه الله فيهما.

---

(١) أي الإمام القدوري رحمه الله. البناية ٩/٣٥٢.

(٢) أي ثابتةٌ موجودة، وهو الذي ضيَّعها. البناية ٩/٣٥٣.

(٣) مغني المحتاج ٤/٢٤٩.

. . . .

له: أنها وجبت بدلاً عن العصمة، أو عن السكنىٰ، وقد وَصَلَ إليه المعوَّضُ، فلا يسقطُ عنه العِوَضُ بهذا العارض، كما في الأجرة، والصُّلْحِ عن دم العمد.

ولنا: قولُه عليه الصلاة والسلام: «ليس علىٰ مسلمٍ جزيةٌ»[1].

ولأنها وجبت عقوبةً علىٰ الكفر، ولهذا تُسمىٰ[2]: جزيةً، وهي والجزاءُ: واحدٌ، وعقوبةُ الكفرِ تَسقُطُ بالإسلام، ولا تُقامُ بعد الموت.

ولأن شَرْعَ العقوبة في الدنيا لا يكون إلا لدفع الشرِّ، وقد اندفع بالموت والإسلام.

ولأنها وجبت بدلاً عن النصرة في حَقِّنا، وقد قَدَرَ عليها بنفسه بعد الإسلام.

والعصمةُ تَثبتُ بكونه آدمياً[3].

والذميُّ يَسكُنُ مِلْكَ نفسِه[4]، فلا معنىً لإيجاب بدلِ العصمة والسكنىٰ.

---

(١) سنن أبي داود (٣٠٥٣)، وسكت عنه، سنن الترمذي (٦٣٣)، الدراية ١٣٥/٢.

(٢) وفي نُسخ: سُمِّيت.

(٣) هذا جوابٌ عن قول الشافعي أنها وجبت بدلاً عن العصمة. البناية ٣٥٦/٩.

(٤) هذا جوابٌ عن قوله: أو السكنىٰ.

وإن اجتمعتْ عليه الحولان : تداخلَت الجزيتان .

وفي «الجامع الصغير» : ومَن لم يُؤخَذْ منه خراجُ رأسِه حتىٰ مضتِ السَّنَةُ، وجاءت سَنَةٌ أخرىٰ : لم يُؤخَذ منه .

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله : يُؤخَذْ منه .

وإن مات عند تَمَامِ السَّنَة : لم تُؤخَذْ منه ، في قولهم جميعاً .

وكذلك إن مات في بعض السَّنَة .

قال: (وإن اجتمعتْ[1] عليه[2] الحولان: تداخلَتِ الجزيتان.

وفي «الجامع الصغير[3]»: ومَن لم يُؤخَذْ منه خراجُ رأسِه[4] حتىٰ مضتِ السَّنَةُ، وجاءت سَنَةٌ أخرىٰ: لم يُؤخَذ[5] منه)، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

(وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: يُؤخَذْ منه)، وهو قول الشافعي[6] رحمه الله.

قال: (وإن مات عند تَمَامِ السَّنَة: لم تُؤخَذْ منه ، في قولهم جميعاً.

وكذلك إن مات في بعض السَّنَة).

---

(١) أي جِزْيَتَا الحولَيْن، وفي نُسخ: اجتمع. ينظر البناية ٩/٣٥٦.

(٢) أي علىٰ الذمي.

(٣) ص٢٣٠.

(٤) خراج الرأس: هو الجزية. المغرب (خرج) ١/٢٤٩.

(٥) وفي نُسخ: تُؤخذ.

(٦) مغني المحتاج ٤/٢٤٦.

. . . .

أما مسألةُ الموت: فقد ذكرناها.

وقيل: خراجُ الأرض: علىٰ هذا الخلاف، وقيل: لا تداخلَ فيه، بالاتفاق.

لهما: في الخلافية: أن الخراجَ وَجَبَ عوضاً، والأعواضُ إذا اجتمعت، وأمكن استيفاؤها: تُستَوفىٰ، وقد أمكن فيما نحنُ فيه بعدَ توالي السنتَيْن[1]، بخلاف ما إذا أسلم؛ لأنه تعذَّر استيفاؤه؛ لأنه مسلمٌ.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنها وجبت عقوبةً علىٰ الإصرار علىٰ الكفر، علىٰ ما بيَّنَّاه.

ولهذا لا تُقبل منه لو بَعَثَ بها علىٰ يدِ نائبه، في أصحِّ الروايات، بل يُكلَّفُ أن يأتيَ بها بنفسه، فيعطيَ قائماً، والقابِضُ منه قاعدٌ.

وفي روايةٍ: يأخذُ بتَلْبِيْبِه[2]، ويَهُزُّه هَزّاً، ويقولُ: أعطِ الجزيةَ يا ذميُّ، أو يا عدوَّ الله.

فثبت أنها عقوبةٌ، والعقوباتُ إذا اجتمعت: تداخَلَتْ كالحدود.

ولأنها وجبت بدلاً عن القتل في حَقِّهم، وعن النُّصرة في حَقِّنا، كما ذكرنا، لكنْ في المستقبل، لا في الماضي؛ لأن القتلَ إنما يُستوفىٰ لحِرَابٍ قائمٍ في الحال، لا لحِرَابٍ ماضٍ.

---

(١) وفي نُسخ: السِّنين.

(٢) التلبيب: أَخْذُ موضع اللَّبَبِ من الثياب، وهو موضع القِلادة من الصدر. البناية ٩/٣٥٨.

. . . .

وكذا النُّصْرةُ في المستقبل؛ لأن[١] الماضي وقعتِ الغُنْيةُ عنه.

ثم قولُ محمدٍ رحمه الله في الجزية في «الجامع الصغير[٢]»: وجاءت سَنَةٌ أخرىٰ: حَمَلَه بعضُ المشايخ رحمهم الله علىٰ المُضِيِّ مجازاً، وقال: الوجوبُ بآخِرِ السَّنَة، فلا بدَّ من المُضِيِّ؛ ليتحقَّقَ الاجتماعُ، فتتداخل.

وعند البعض: هو مُجْرَىً علىٰ حقيقته.

والوجوبُ عند أبي حنيفة رحمه الله: بأول الحَوْل، فيتحقَّقُ الاجتماعُ بمجرَّد المجيء.

والأصحُّ أن الوجوبَ عندنا في ابتداء الحول.

وعند الشافعي[٣] رحمه الله في آخِرِه؛ اعتباراً بالزكاة.

ولنا: أن ما وجب بدلاً عنه[٤]: لا يَتحقَّقُ إلا في المستقبل، علىٰ ما قرَّرناه، فتعذَّر إيجابُه[٥] بعد مُضِيِّ الحول، فأوجبناها[٦] في أوَّلِه، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) وفي نُسخ: إذ الماضي.

(٢) ص٢٣٠.

(٣) مغني المحتاج ٤/٢٤٥.

(٤) أي عن القتل.

(٥) أي إيجاب ما وجب.

(٦) وفي نُسخ: فأوجبناه. علىٰ تقدير: ما وجب بدلاً عن القتل، وهي الجزية.

فصلٌ

ولا يجوزُ إحداثُ بِيْعةٍ، ولا كَنِيْسةٍ في دار الإسلام.

وإن انهدمت البِيَعُ والكنائسُ القديمةُ : أعادوها.

فصلٌ

في بيان ما يجوزُ لأهل الذمة فعلُه

قال: (ولا يجوزُ إحداثُ بِيْعةٍ، ولا كَنِيْسةٍ في دار الإسلام).

لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا خِصَاءَ في الإسلام، ولا كنيسةَ»[1].

والمرادُ: إحداثُها.

قال: (وإن انهدمت البِيَعُ والكنائسُ القديمةُ: أعادوها).

لأن الأبنيةَ لا تبقىٰ دائماً، ولَمَّا أقرَّهمُ الإمامُ: فقد عَهِدَ إليهم الإعادةَ، إلا أنهم لا يُمكَّنون من نَقْلِها؛ لأنه[2] إحداثٌ في الحقيقة.

والصَّوْمعةُ للتخلِّي فيها[3]: بمنزلة البِيْعَة.

---

(١) الأموال لأبي عبيد (٢٥٩)، سنن البيهقي (١٩٧٩٣)، وفي سنده ضعف، ينظر التعريف والإخبار ٣/٣٣٠، الدراية ٢/١٣٥.

(٢) أي النقل.

(٣) أي ولا يُمكَّنون من إحداث الصومعة، وهي ما يُبنىٰ للتخلي عن الناس، والانقطاع عنهم. حاشية نسخة ٦٤٤هـ.

ويُؤخَذُ أهلُ الذمةِ بالتميُّزِ عن المسلمين، في زِيِّهم، وأثوابهم، ومَراكِبِهم، وسُروجِهم، وقَلانِسِهم، فلا يَركبون الخيلَ، ولا يَعملون بالسلاح.

وفي «الجامع الصغير»: ويُؤخَذُ أهلُ الذمة بإظهار الكُستِيْجات، . . . .

بخلاف موضعِ الصلاة في البيت: لأنه تَبَعٌ للسكنىٰ.

وهذا في الأمصار، دون القُرىٰ، لأن الأمصارَ هي التي تُقام فيها الشعائرُ، فلا تُعارَضُ بإظهار ما يُخالِفُها.

وقيل: في ديارنا يُمنعَون من ذلك في القُرىٰ أيضاً؛ لأن فيها بعضَ الشعائر.

والمَرويُّ عن صاحب المذهب[1]: في قُرىٰ الكوفة؛ لأن أكثرَ أهلِها أهلُ الذمة.

وفي أرض العرب: يُمنعَون من ذلك، في أمصارها وقُراها؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يَجتمِعُ دِيْنان في جزيرة العرب»[2].

قال: (ويُؤخَذُ أهلُ الذمةِ بالتميُّزِ عن المسلمين، في زِيِّهم، وأثوابهم، ومَراكِبِهم، وسُروجِهم، وقَلانِسِهم، فلا يَركبون الخيلَ، ولا يَعملون بالسلاح.

وفي «الجامع الصغير[3]»: ويُؤخَذُ أهلُ الذمة بإظهار الكُستِيْجات[4]،

---

(١) أي الإمام أبي حنيفة رحمه الله.

(٢) الموطأ (٣٣٢٣) ٢/٨٩٢، الدراية ٢/١٣٥، التعريف والإخبار ٣/٣٣١.

(٣) ص٢٦٤.

(٤) جمع: كُستيج: فارسيٌّ معرَّبٌ، وهو ما يُحيطُ العقدة علىٰ وسطه، يُشبه الزُّنّار. البناية ٩/٣٦٧.

والركوبِ علىٰ السُّروج التي هي كهيئة الأُكُف.

والركوبِ علىٰ السُّروج التي هي كهيئة الأُكُف[١]).

وإنما يُؤخَذون بذلك: إظهاراً للصَّغَار عليهم، وصيانةً لضَعَفَة المسلمين.

ولأن المسلمَ يُكرَمُ، والذميَّ يُهانُ.

فلا يُبتَدَأُ بالسلام، ويُضَيَّقُ عليه الطريقُ.

فلو لم تكنْ علامةٌ مميِّزةٌ: فلعلَّه يُعامَلُ معاملةَ المسلمين، وذلك لا يجوز.

والعلامةُ يجبُ أن تكونَ خَيْطاً غليظاً من الصوف، يَشُدُّه علىٰ وَسْطِه، دون الزُّنَّار من الإبريسَم، فإنه جَفَاءٌ في حَقِّ أهل الإسلام.

ويجب أن تتميَّزَ نساؤهم عن نسائنا، في الطُّرُقات، والحمَّامات.

ويُجعَلُ علىٰ دُورهم علاماتٌ؛ كي لا يقفَ عليها سائلٌ يدعو لهم بالمغفرة.

قالوا[٢]: الأحَقُّ أن لا يُتركوا أن يَركبوا، إلا للضرورة.

وإذا ركبوا للضرورة: فليَنزلوا في مجامِعِ المسلمين.

فإن لزمتِ الضرورةُ: اتخذوا سُرُوجاً بالصفة التي تقدَّمت.

---

(١) جمع: إكاف، وهو ما يوضَعُ علىٰ الحمار، لكنه أثقل من السرج، وهو للحمار: كالسرج للفرس.

(٢) أي مشايخنا رحمهم الله. البناية ٩/٣٦٩.

ومَن امتَنَعَ من أداء الجزية، أو قَتَلَ مسلماً، أو سَبَّ النبيَّ عليه الصلاة والسلام، أو زنىٰ بمسلمةٍ: لم يَنتَقِضْ عهدُه.

ويُمنعَون من[1] لباسٍ يَختَصُّ به أهلُ العلم والزُّهْد والشَّرَف.

قال: (ومَن امتَنَعَ من أداء الجزية، أو قَتَلَ مسلماً، أو سَبَّ النبيَّ عليه الصلاة والسلام، أو زنىٰ بمسلمةٍ: لم يَنتَقِضْ عهدُه)؛ لأن الغايةَ التي ينتهي بها القتالُ: التزامُ الجزية، لا أداؤها، والالتزامُ باقٍ.

وقال الشافعي[2] رحمه الله: سَبُّ النبيِّ عليه الصلاة والسلام يكون نَقْضاً؛ لأنه لو كان مسلماً[3]: يَنقُضُ إيمانَه، فكذا يَنقُضُ أمانَه[4]، إذْ عقدُ الذمة خَلَفٌ عنه[5].

ولنا: أن سَبَّ النبيِّ عليه الصلاة والسلام كفرٌ منه، والكفرُ المقارِنُ[6] لا يمنعُه[7]، فالطارئُ: لا يرفعُه.

---

(١) وفي نُسخ: عن.

(٢) الغرر البهية ٥/١٤٧.

(٣) قوله: لو كان مسلماً: مثبتٌ في بعض طبعات الهداية القديمة، وكذلك في البناية بطبعتيها البيروتية والملتانية.

(٤) أي أمانه الذي كان له بعقد الذمة. البناية ٩/٣٧٠.

(٥) أي عن الإيمان.

(٦) أي لعقد الذمة. فتح القدير ٥/٣٠٣.

(٧) أي عقد الذمة وما فيه من الأمان.

ولا يَنتَقِضُ العهدُ إلا وأن يَلْحَقَ بدار الحرب، أو يَغلِبوا علىٰ موضعٍ، فيحاربوننا فيه.

وإذا نَقَضَ الذميُّ العهدَ: فهو بمنزلة المرتَدِّ.

قال: (ولا يَنتَقِضُ العهدُ إلا وأن[1] يَلْحَقَ بدار الحرب، أو يَغلِبوا علىٰ موضعٍ، فيحاربوننا فيه)؛ لأنهم صاروا حرباً علينا، فيَعرَىٰ عقدُ الذمة عن الفائدة، وهو دَفْعُ شرِّ الحِرَاب.

قال: (وإذا نَقَضَ الذميُّ العهدَ: فهو بمنزلة المرتَدِّ)، معناه: في الحُكم بموته باللَّحَاق؛ لأنه التَحَقَ بالأموات.

وكذا في حُكْم ما حَمَلَه من ماله، إلا أنه لو أُسِرَ: يُستَرَقُّ، بخلاف المرتد، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) وفي نسخ: إلا أن. بدون واو.

فصلٌ

ونصارىٰ بني تَغْلِبَ يُؤخَذُ من أموالِهم ضِعْفُ ما يُؤخَذُ من المسلمين من الزكاة.

ويُؤخَذُ من نسائهم، ولا يُؤخَذُ من صبيانهم.

فصلٌ

في أحكام نصارىٰ بني تَغْلِب

قال: (ونصارىٰ بني تَغْلِبَ يُؤخَذُ من أموالِهم ضِعْفُ ما يُؤخَذُ من المسلمين من الزكاة)؛ لأن عمرَ رضي الله عنه صالَحَهم علىٰ ذلك، بمَحضَرٍ من الصحابة رضي الله عنهم[١].

قال: (ويُؤخَذُ من نسائهم، ولا يُؤخَذُ من صبيانهم)؛ لأن الصلحَ وَقَعَ[٢] علىٰ الصدقة المضاعفَةِ، والصدقةُ تجبُ عليهنَّ، دون الصبيان، فكذا المضاعَفُ.

وقال زفر رحمه الله: لا يؤخُذُ من نسائهم أيضاً، وهو قولُ الشافعي[٣]

---

(١) مصنف ابن أبي شيبة (١٠٥٨١)، مصنف عبد الرزاق ٦/٩٩، سنن البيهقي ٩/٢١٦، نصب الراية ٢/٣٦٢، الدراية ١/٢٥٦.

(٢) لفظ: وقع: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٣) النجم الوهاج ٩/٤١٥.

ويُوضَعُ علىٰ مولىٰ التغلبيِّ الخراجُ، أي الجزيةُ.

وخراجُ الأرض: بمنزلة مولىٰ القرشي.

رحمه الله؛ لأنه جزيةٌ في الحقيقة، علىٰ ما قال عمر رضي الله عنه: «هذه جزيةٌ، فسمُّوها ما شئتُم»[(١)].

ولهذا تُصرَفُ مصارِفَ الجزية، ولا جزيةَ علىٰ النِّسوان.

ولنا: أنه مالٌ وَجَبَ بالصلح، والمرأةُ من أهل وجوبِ مثلِه عليها، والمَصرِفُ: مصالِحُ المسلمين؛ لأنه مالُ بيتِ المال، وذلك لا يَختَصُّ بالجزية، ألا ترىٰ أنه لا يُراعىٰ فيه شرائطُها.

قال: (ويُوضَعُ علىٰ مولىٰ التغلبيِّ الخراجُ، أي الجزيةُ[(٢)]

وخراجُ الأرض[(٣)]: بمنزلة مولىٰ القرشي).

وقال زفر رحمه الله: يُضاعَفُ[(٤)]؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «إن مولىٰ القومِ منهم»[(٥)].

---

(١) ينظر نصب الراية ٢/٣٦٢، والحاشية السابقة.

(٢) لأنها خراج الرأس.

(٣) أي يُوضع عليها خراجُ الأرض، أي لا تؤخذ الجزيةُ والخراج من القرشي، وتُؤخَذُ من مولاه، فكذلك ها هنا تؤخذ الجزية من معتَق التغلبيِّ وإن لم تؤخذ من التغلبي. البناية ٩/٣٧٤.

(٤) أي علىٰ مولىٰ التغلبي.

(٥) سنن النسائي (٢٦١٢)، مصنف ابن أبي شيبة (٣٦٧٦١)، وصححه ابن حبان (٣٢٩٣)، مسند أحمد (١٨٩٩٢)، التعريف والإخبار ٣/١٣٥، نصب الراية ٤/١٤٨، ٢/٤٠٤.

=

وما جَبَاه الإمامُ من الخراجِ، ومن أموالِ بني تغلبَ، وما أهداه أهلُ الحرب إلىٰ الإمام، والجزيةُ: يُصرَفُ في مصالِحِ المسلمين، كسَدِّ الثُّغُور، وبناءِ القناطر والجُسُورِ.

ألا ترىٰ أن مولىٰ الهاشميِّ: يُلحَقُ به في حَقِّ حُرمة الصدقة.

ولنا: أن هذا تخفيفٌ، والمولىٰ لا يُلحَقُ بالأصل فيه، ولهذا تُوضَعُ الجزيةُ علىٰ مولىٰ المسلم إذا كان نصرانياً.

بخلاف حُرْمةِ الصدقة؛ لأن الحُرُمات تَثبتُ بالشبهات، فأُلْحِقَ المولىٰ بالهاشميِّ في حَقِّه.

ولا يَلزمُ مولىٰ الغنيِّ؛ حيثُ لا تَحرُمُ عليه الصدقةُ؛ لأن الغنيَّ مِن أهلها، وإنما الغِنىٰ مانعٌ، ولم يوجَدْ في حَقِّ المولىٰ.

أما الهاشميُّ: فليس بأهلٍ لهذه الصلة[1] بنفسه أصلاً؛ لأنه صِيْنَ لشَرَفِه وكرامتِه عن أوساخ الناس، فأُلحِقَ به مولاه.

قال: (وما جَبَاه الإمامُ من الخراجِ، ومن أموالِ بني تغلبَ، وما أهداه أهلُ الحرب إلىٰ الإمام، والجزيةُ: يُصرَفُ[2] في مصالِحِ المسلمين، كسَدِّ الثُّغُور، وبناءِ القناطر والجُسُورِ.

وبلفظ: «مولىٰ القوم من أنفسهم»: في سنن أبي داود (١٦٥٠)، سنن الترمذي (٦٥٧)، السنن الكبرىٰ للنسائي (٢٤٠٥)، وهو صحيح، كما في البدر المنير ٣٨٨/٧.

(١) وفي نُسخ: الصدقة.

(٢) وفي نُسخ: تُصرف. بالتأنيث.

ويُعطىٰ قضاةُ المسلمين، وعُمَّالُهم، وعلماؤهم منه ما يكفيهم، وتُدفَعُ منه أرزاقُ المقاتِلةِ، وذرارِيِّهم.

ومَن مات في نصفِ السَّنَةِ: فلا شيءَ له من العَطَاء.

ويُعطىٰ قضاةُ المسلمين، وعُمَّالُهم، وعلماؤهم منه ما يكفيهم، وتُدفَعُ منه أرزاقُ المقاتِلةِ، وذرارِيِّهم)؛ لأنه مالُ بيتِ المال، فإنه وَصَلَ إلىٰ المسلمين من غير قتالٍ، وهو مُعَدٌّ لمصالح المسلمين، وهؤلاء عَمَلَتُهم، ونفقةُ الذراريِّ علىٰ الآباء، فلو لم يُعْطَوْا كفايتَهم: لاحتاجوا إلىٰ الاكتساب، فلا يَتفرَّغون للقتال.

قال: (ومَن مات في نصفِ السَّنَةِ: فلا شيءَ له من العَطَاء)؛ لأنه نوعُ صلةٍ، وليس بدَيْنٍ، ولهذا سُمِّيَ عطاءً، فلا يُملَكُ قبلَ القبض، ويَسقطُ بالموت.

وأهلُ العطاء في زماننا: مثلُ القاضي، والمدرِّسِ، والمفتي، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

باب أحكام المُرتدِّين

وإذا ارتدَّ المسلمُ عن الإسلام، والعياذُ بالله : عُرِضَ عليه الإسلامُ، فإن كانت له شُبْهةٌ : كُشِفَتْ عنه، ويُحبَسُ ثلاثةَ أيامٍ، فإن أسلم، وإلا : قُتِلَ.

وفي «الجامع الصغير» : المرتدُّ يُعْرَضُ عليه الإسلامُ، حرًّا كان أو عبداً، فإن أبىٰ : قُتِل.

باب أحكام المُرتدِّين

قال: (وإذا ارتدَّ المسلمُ عن الإسلام، والعياذُ بالله: عُرِضَ عليه الإسلامُ، فإن كانت له شُبْهةٌ: كُشِفَتْ عنه)؛ لأنه عَسَاه اعتَرَتْه شبهةٌ، فتُزاحُ عنه.

وفيه[١]: دَفْعُ شَرِّه بأحسن الأمرَيْن[٢]، إلا أن العَرْضَ علىٰ ما قالوا[٣]: غيرُ واجبٍ، لأن الدَّعوةَ بلَغَتْه.

قال: (ويُحبَسُ ثلاثةَ أيامٍ، فإن أسلم، وإلا: قُتِلَ.

وفي «الجامع الصغير[٤]»: المرتدُّ يُعْرَضُ عليه الإسلامُ، حرًّا كان أو عبداً، فإن أبىٰ: قُتِل).

---

(١) أي في عرض الإسلام.

(٢) الإسلام والقتل، وأحسنهما الإسلام.

(٣) أي المشايخ. البناية ٩/٣٧٨.

(٤) ص١٥٨.

. . . .

وتأويلُ الأول[١]: أنه يَستَمْهِلُ: فيُمْهَلُ ثلاثةَ أيامٍ؛ لأنها مدةٌ ضُرِبتْ لإبْلاءِ الأعذار.

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: أنه يُستحبُّ أن يؤجِّلَه ثلاثةَ أيام، طَلَبَ ذلك، أو لم يَطلُب.

وعن الشافعي[٢] رحمه الله: أنَّ علىٰ الإمام أن يؤجِّلَه ثلاثةَ أيامٍ، ولا يَحِلُّ له أن يَقتُلَه قبلَ ذلك؛ لأنَّ ارتدادَ المسلمِ يكونُ عن شبهةٍ ظاهراً، فلا بدَّ من مدةٍ يُمكِنُه التأمُّلُ، فقدَّرناها بالثلاث.

ولنا: قولُه تعالىٰ: ﴿ فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ ﴾. التوبة/٥، من غير قيدِ الإمهال.

وكذا قولُه عليه الصلاة والسلام: «مَن بدَّل دينَه فاقتلوه»[٣].

ولأنه كافرٌ حربيٌّ بلَغَتْه الدَّعوةُ، فيُقتَلُ للحال، من غير استمهالٍ، وهذا لأنه لا يجوزُ تأخيرُ الواجبِ لأمرٍ موهومٍ.

ولا فَرْقَ بين الحرِّ والعبد؛ لإطلاق الدلائل.

وكيفيةُ توبته: أن يَتَبرَّأَ عن الأديانِ كلِّها سوىٰ الإسلام؛ لأنه لا دِيْنَ له.

ولو تبرَّأَ عما انتقل إليه: كفاه؛ لحصول المقصود.

---

(١) وهو قوله: ويُحبس ثلاثة أيام.

(٢) تجب استتابته. مغني المحتاج ٤/١٣٩.

(٣) صحيح البخاري (٣٠١٧، ٦٩٢٢).

فإن قَتَلَه قاتلٌ قبلَ عَرْضِ الإسلام عليه : كُرِه ذلك، ولا شيءَ علىٰ القاتل .
وأما المرتدَّةُ : فلا تُقتَل .

قال: (فإن قَتَلَه قاتلٌ قبلَ عَرْضِ الإسلام عليه: كُره ذلك، ولا شيءَ علىٰ القاتل).

ومعنىٰ الكراهية ها هنا: تَرْكُ المستحبِّ، وانتفاءُ الضمان؛ لأن الكفرَ مبيحٌ للقتل، والعَرْضُ بعد بلوغ الدَّعوة: غيرُ واجبٍ.

قال: (وأما المرتدَّةُ: فلا تُقتَل[١]).

وقال الشافعي[٢] رحمه الله: تُقتَل؛ لِمَا روينا[٣].

ولأن ردَّة الرجلِ مُبيحةٌ للقتل من حيث إنه جنايةٌ متغلِّظةٌ، فتُناطُ بها[٤] عقوبةٌ مغلَّظةٌ، ورِدَّةُ المرأة تشاركُها فيها[٥]، فتشاركُها في موجَبِها[٦].

ولنا: أن النبي عليه الصلاة والسلام نهىٰ عن قَتْل النساء[٧].

ولأن الأصلَ تأخيرُ الأَجْزية إلىٰ دار الآخِرة، إذ تعجيلُها يُخِلُّ بمعنىٰ الابتلاء، وإنما عُدِلَ عنه: دفعاً لشرٍّ ناجزٍ، وهو الحِرَابُ، ولا يتوجَّهُ ذلك من

---

(١) ولكن تُحبَسُ حتىٰ تُسلِم، كما سيأتي قريباً في كلام المصنِّف، وفي نُسخٍ كُرِّرت.
(٢) مغني المحتاج ٤/١٤٠.
(٣) من حديث: «مَن بدَّل دينه فاقتلوه»، وكلمةُ: مَن: تعُمُّ الرجالَ والنساء.
(٤) وفي نُسخ: به.
(٥) أي تشارك ردةَ الرجل في هذه العقوبة، وفي نُسخ: فيه.
(٦) وهو القتل.
(٧) صحيح البخاري (٣٠١٥)، صحيح مسلم (١٧٤٤).

ولكن تُحبَسُ حتىٰ تُسْلِمَ.

وفي «الجامع الصغير» : وتُجبَرُ المرأةُ علىٰ الإسلام، ولا تُقتل، حرَّةً كانت أو أمةً، والأمةُ يُجبِرُها مولاها.

ويزولُ مِلْكُ المرتدِّ عن أمواله بردَّته زوالاً مُرَاعىً، فإن أسلم : عادتْ علىٰ حالِها.

النساء؛ لعدم صلاحيةِ البِنْية، بخلاف الرجال، فصارت المرتدَّةُ كالأصليَّة[١].

قال: (ولكن تُحبَسُ حتىٰ تُسْلِمَ)؛ لأنها امتنعت عن إيفاءِ حَقِّ الله تعالىٰ بعد الإقرار، فتُجبَرُ علىٰ إيفائه بالحبس، كما في حقوق العباد.

قال: (وفي «الجامع الصغير[٢]»: وتُجبَرُ المرأةُ علىٰ الإسلام، ولا تُقتل، حرَّةً كانت أو أمةً، والأمةُ يُجبِرُها مولاها).

أما الجَبْرُ: فلِمَا ذكرنا.

ومن المولىٰ: لِمَا فيه من الجمع بين الحقَّيْن[٣].

ويُروىٰ: تُضرَبُ في كلِّ يومٍ[٤]؛ مبالغةً في الحمل علىٰ الإسلام.

قال: (ويزولُ مِلْكُ المرتدِّ عن أمواله بردَّته زوالاً مُرَاعىً، فإن أسلم: عادتْ علىٰ حالِها).

---

(١) أي كالكافرة الأصلية، وهي لا تُقتل، فكذا المرتدة.

(٢) ص١٥٨.

(٣) أي الجبر والاستخدام.

(٤) وفي نُسخ عديدة: أيام.

وإن مات أو قُتِل علىٰ رِدَّته : انتَقَلَ ما اكتسبه في حالِ إسلامِه إلىٰ ورثِتِه المسلمين، وكان ما اكتَسَبَه في حال رِدَّته : فَيْئاً.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله : كلاهما لورثته المسلمين.

قالوا: هذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: لا يزول ملكُه؛ لأنه مكلَّفٌ محتاجٌ، فإلىٰ أن يُقتَلَ: يبقىٰ ملكُه، كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص.

وله: أنه حربيٌّ مَقْهورٌ تحت أيدينا حتىٰ يُقتَلُ، ولا قَتْلَ إلا بالحِرَاب[1]، وهذا يوجِبُ زوالَ ملكِه ومالكيَّتِه، غيرَ أنه مدعوٌّ إلىٰ الإسلام بالإجبار عليه، ويُرجىٰ عَوْدُه إليه، فتوقَّفنا في أمره، فإن أسلم: جُعِلَ العارضُ كأن لم يكن في حَقِّ هذا الحكم، وصار كأنْ لم يَزَلْ مسلماً، ولم يُعمَل بالسبب.

وإن مات أو قُتل علىٰ رِدَّته، أو لَحِقَ بدار الحرب، وحكَمَ الحاكمُ بلَحَاقه: استقرَّ كفرُه، فعَمِلَ السببُ عملَه، وزال مِلكُه.

قال: (وإن مات أو قُتِل علىٰ رِدَّته: انتَقَلَ ما اكتسبه في حالِ إسلامِه إلىٰ ورثتِه المسلمين، وكان ما اكتَسَبَه في حال رِدَّته: فَيْئاً)، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

(وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: كلاهما لورثته المسلمين).

---

(١) فكان القتل ها هنا مستلزماً للحراب. البناية ٩/٣٨٦.

. . . .

وقال الشافعي[1] رحمه الله: كلاهما فيءٌ؛ لأنه مات كافراً، والمسلمُ لا يَرِثُ الكافرَ.

ثم هو مالُ حربيٍّ، لا أمانَ له، فيكون فيئاً.

ولهما: أن مِلْكَه في الكسبَيْن بعد الردة باقٍ، علىٰ ما بيَّنَّاه، فينتقلُ بموته إلىٰ ورثته، ويستندُ إلىٰ ما قُبَيْلَ رِدَّته، إذِ الرِّدَّةُ سببُ الموت، فيكونُ توريثُ المسلمِ من المسلم.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنه يُمكِنُ الاستنادُ في كَسْب الإسلام؛ لوجوده قبلَ الردة، ولا يمكنُ الاستنادُ في كسب الردة؛ لعدمه قبلها، ومِن شَرْطِه: وجودُه.

ثم إنما يَرِثُه: مَن كان وارثاً له حالةَ الردة، وبقيَ وارثاً إلىٰ وقت موته، في روايةٍ عن أبي حنيفة رحمه الله؛ اعتباراً للاستناد.

وعنه: أنه يرثُه مَن كان وارثاً له عند الردة، ولا يَبطلُ استحقاقُه بموته، بل يَخلُفُه وارثُه؛ لأن الردةَ: بمنزلة الموت.

وعنه: أنه يُعتبرُ وجودُ الوارثِ عند الموت؛ لأن الحادثَ بعدَ انعقادِ السبب قبلَ تمامِه: كالحادث قبلَ انعقادِه، بمنزلة الولدِ الحادِثِ من المَبيع قبلَ القبض.

---

(١) الحاوي الكبير ٨/١٤٥.

وإن لَحِقَ بدار الحرب مرتدّاً، وحكَمَ الحاكمُ بلَحَاقه: عَتَقَ مدبَّروه وأمهاتُ أولاده، وحَلَّتِ الديونُ التي عليه، ونُقِلَ ما اكتسبه في حالِ الإسلام إلىٰ ورثته من المسلمين.

وترثُه امرأتُه المسلمةُ إذا مات، أو قُتِل علىٰ ردَّته، وهي في العدة؛ لأنه يصيرُ فارّاً وإن كان صحيحاً وقتَ الردة.

والمرتدةُ: كسبُها[١] لورثتها؛ لأنه لا حِرَاب منها، فلم يوجد سببُ الفيء، بخلاف المرتدِّ عند أبي حنيفة رحمه الله.

ويرثُها زوجُها المسلمُ إن ارتدَّت وهي مريضةٌ؛ لقصدِها إبطالَ حقِّه.

وإن كانت صحيحةً: لا يرثُها؛ لأنها لا تُقتَلُ، فلم يتعلَّقْ حَقُّه بمالِها بالردة، بخلاف المرتد.

قال: (وإن لَحِقَ بدار الحرب مرتدّاً، وحكَمَ الحاكمُ بلَحَاقه: عَتَقَ مدبَّروه وأمهاتُ أولاده، وحَلَّتِ الديونُ التي عليه، ونُقِلَ ما اكتسبه في حالِ الإسلام إلىٰ ورثته من المسلمين).

وقال الشافعيُّ[٢] رحمه الله: يبقىٰ مالُه موقوفاً كما كان؛ لأنه نوعُ غَيْبةٍ، فأشبه الغَيْبةَ في دار الإسلام.

ولنا: أنه باللَّحاق: صار من أهل الحرب، وهم أمواتٌ في حَقِّ أحكام الإسلام؛ لانقطاع ولايةِ الإلزام، كما هي منقطعةٌ عن الموتىٰ، فصار

---

(١) وفي نُسخ: كسباها.

(٢) الحاوي الكبير ١٤٧/٨.

وتُقضىٰ الديونُ التي لَزِمَتْه في حال الإسلام : مما اكْتَسَبَه في حال الإسلام، وما لَزِمَه في حالِ رِدَّته من الديون : مما اكْتَسَبَه في حال رِدَّته .

كالموت، إلا أنه لا يَستَقِرُّ لَحَاقُه إلا بقضاء القاضي؛ لاحتمال العَوْد إلينا، فلا بدَّ من القضاء.

وإذا تقرَّر موتُه: ثبَتَتِ الأحكامُ المتعلَّقة به، وهي ما ذكرناها، كما في الموت الحقيقي.

ثم يُعتبرُ كونُه وارثاً عند لَحَاقه في قول محمدٍ رحمه الله؛ لأن اللَّحَاقَ: هو السببُ، والقضاءُ: لتقرُّره[1] بقطع الاحتمال.

وقال أبو يوسف رحمه الله: وقتَ القضاء؛ لأنه يصيرُ موتاً بالقضاء.

والمرتدةُ إذا لَحِقت بدار الحرب: فهي علىٰ هذا الخلاف.

قال: (وتُقضىٰ الديونُ التي لَزِمَتْه في حال الإسلام: مما اكْتَسَبَه في حال الإسلام، وما لَزِمَه في حالِ رِدَّته من الديون: مما اكْتَسَبَه في حال رِدَّته).

قال العبد الضعيف عَصَمَه الله: هذه روايةٌ عن أبي حنيفة رحمه الله.

وعنه: أنه يُبدأُ بكَسْب الإسلام، وإن لم يفِ بذلك: يُقضىٰ من كَسْبِ الردة.

وعنه: علىٰ عكسه.

---

(١) أي تقرر السبب، وقيل: لتقرر اللحاق، وهما متقاربان. البناية ٩/٣٩٢.

وما باعه، أو اشتراه، أو أعتقه، أو وَهَبَه، أو رَهَنَه، أو تصرَّف فيه من أمواله في حالِ رِدَّتِه : فهو موقوفٌ : فإن أسلم : صحَّتْ عقودُه، وإن مات، أو قُتل، أو لَحِقَ بدار الحرب : بطلت تصرفاتُه، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وجهُ الأول: أن المستَحَقَّ بالسببَيْن: مختلِفٌ، وحصولُ كلٍّ واحدٍ من الكسبَيْن: باعتبار السببِ الذي وَجَبَ به الدَّيْن، فيُقضىٰ كلُّ دينٍ من الكسب المكتَسَبِ في تلك الحالة؛ ليكون الغُرْمُ بالغُنْم.

وجه الثاني: أن كَسْبَ الإسلام مِلْكُه، حتىٰ يَخْلُفُه الوارثُ فيه، ومِن شَرْطِ هذه الخلافة: الفراغُ عن حَقِّ المُورِّث، فيُقَدَّم الدينُ عليه.

أما كسبُ الردة: فليس بمملوكٍ له؛ لبطلان أهلية الملكِ بالردة عنده، فلا يُقضىٰ دينُه منه، إلا إذا تعذَّرَ قضاؤه من مَحَلٍّ آخَر، فحينئذٍ يُقضَىٰ منه، كالذمي إذا مات، وتَرَكَ مالاً، ولا وارثَ له: يكون مالُه لجماعة المسلمين، ولو كان عليه دينٌ: يُقضىٰ منه، كذلك ها هنا.

وجهُ الثالث: أن كسبَ الإسلام: حَقُّ الورثة، وكَسْبَ الرِّدَّة: خالصُ حقِّه، فكان قضاءُ الدين منه أَوْلىٰ، إلا إذا تعذَّر، بأن لم يَفِ به: فحينئذٍ يُقضىٰ من كَسْبِ الإسلام؛ تقديماً لِحَقِّه.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: تُقضَىٰ ديونُه من الكسبَيْن؛ لأنهما جميعاً مِلْكُه، حتىٰ يجريَ الإرثُ فيهما.

قال: (وما باعه، أو اشتراه، أو أعتقه، أو وَهَبَه، أو رَهَنَه، أو تصرَّف فيه من أمواله في حالِ رِدَّتِه: فهو موقوفٌ: فإن أسلم: صحَّتْ عقودُه، وإن مات، أو قُتل، أو لَحِقَ بدار الحرب: بطلت تصرفاتُه، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله : يجوز ما صَنَعَ في الوجهَيْن.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: يجوز ما صَنَعَ في الوجهَيْن[١]).

اعلم أن تصرفات المرتدِّ علىٰ أربعة أقسامٍ:

نافِذٌ، بالاتفاق، كالاستيلاد والطلاق؛ لأنه لا يَفتقِرُ إلىٰ حقيقة الملك، وتمامِ الولاية.

وباطلٌ، بالاتفاق: كالنكاح والذبيحة؛ لأنه يَعتمدُ المِلَّةَ، ولا مِلَّةَ له.

وموقوفٌ، بالاتفاق، كالمفاوَضة؛ لأنها تعتمدُ المساواةَ، ولا مساواةَ بين المسلم والمرتد ما لم يُسلِم.

ومختَلَفٌ في توقُّفه، وهو ما عَدَدْناه[٢].

لهما: أن الصحةَ: تعتمدُ الأهليةَ، والنفاذُ[٣]: يعتمدُ المِلْكَ، ولا خفاءَ في وجودِ الأهلية؛ لكونه مخاطَباً، وكذا الملكُ؛ لقيامِه قبلَ موته، علىٰ ما قرَّرناه من قبلُ.

ولهذا لو وُلِدَ له وَلَدٌ بعد الردة لستة أشهر، من امرأةٍ مسلمةٍ: يرثُه.

---

(١) وفي نُسخ زيادة: وقال محمد رحمه الله: هو بمنزلة المريض في ذلك. اهـ، وهي مثبتةٌ في بداية المبتدي ص٣٩٥، وقولُ أبي يوسف فيها منفردٌ عن قول محمد.

(٢) أي وما باعه أو اشتراه أو أعتقه...إلىٰ آخره.

(٣) وضُبطت في نُسخ بالنصب: والنفاذَ. قلت: وفي النصب كلامٌ طويل. ينظر حاشية سعدي علىٰ الهداية.

. . . .

ولو مات ولدُه بعد الرِّدَّة، قبلَ الموت: لا يرثُه، فتصحُّ تصرُّفاتُه قبل الموت[1].

إلا أنه عند أبي يوسف رحمه الله تصحُّ تصرُّفاتُه، كما تصحُّ من الصحيح؛ لأن الظاهرَ عَوْدُه إلىٰ الإسلام، إذِ الشبهةُ تُزاحُ، فلا يُقتَلُ، وصار كالمرتدة.

وعند محمد رحمه الله: تصحُّ، كما تصحُّ من المريض؛ لأن مَن انتحل إلىٰ نحْلةٍ، لا سيما مُعرِضاً عما نشأ عليه: قَلَّما يتركُه، فيُفْضِي إلىٰ القتل ظاهراً، بخلافِ المرتدة؛ لأنها لا تُقتَلُ.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنه حربيٌّ مقهورٌ تحت أيدينا، علىٰ ما قرَّرناه في توقُّفِ الملك، وتوقُّفُ التصرفات: بناءٌ[2] عليه[3].

وصار كالحربي يدخلُ دارَنا بغير أمانٍ، فيُؤخَذُ ويُقهَرُ، وتتوقَّفُ تصرفاتُه؛ لتوقُّف حالِه، فكذا المرتد.

واستحقاقُه القتلَ: لبطلان سببِ العصمة في الفصلَيْن، فأوجب خَلَلاً في الأهلية.

بخلاف الزاني، وقاتِلِ العمد؛ لأن الاستحقاقَ في ذلك: جزاءٌ علىٰ الجناية.

---

(١) قبل الموت: مثبتٌ في نسخة ٦٤٤هـ، وفي طبعات الهداية القديمة: المدة.

(٢) وضُبطت في نُسخ: بناءً. بالنصب.

(٣) أي علىٰ توقُّف الملك.

فإن عاد المرتدُّ بعد الحُكْمِ بلَحَاقه بدار الحربِ إلىٰ دار الإسلام مسلماً: فما وَجَدَه في يدِ ورثتِه من مالِه بعَيْنه: أَخَذَه.

وإذا وَطِيءَ المرتدُّ جاريةً نصرانيةً كانت له في حالةِ الإسلام، فجاءت بولدٍ لأكثرَ من ستة أشهرٍ منذ ارتَدَّ، فادَّعاه: فهي أُمُّ ولدٍ له، والولدُ حرٌّ، وهو ابنُه، ولا يَرِثُه.

وبخلاف المرأةِ؛ لأنها ليست حربيةً، ولهذا لا تُقتل.

قال: (فإن عاد المرتدُّ بعد الحُكْمِ بلَحَاقه بدار الحربِ إلىٰ دار الإسلام مسلماً: فما وَجَدَه في يدِ ورثتِه من مالِه بعَيْنه: أَخَذَه[1])؛ لأن الوارثَ إنما يخلُفُه فيه لاستغنائه، وإذا عاد مسلماً: احتاج إليه، فيُقدَّمُ عليه.

بخلاف ما إذا أزاله الوارثُ عن ملكِه.

وبخلاف أمهات أولادِه، ومدبَّريه؛ لأن القضاءَ قد صحَّ بدليلٍ مصحِّحٍ[2]، فلا يُنقَضُ.

ولو جاء مسلماً قبلَ أن يَقضِيَ القاضي بذلك: فكأنه لم يَزَلْ مسلماً؛ لِمَا ذكرنا.

قال: (وإذا وَطِيءَ المرتدُّ جاريةً نصرانيةً كانت له في حالةِ الإسلام، فجاءت بولدٍ لأكثرَ من ستة أشهرٍ منذ ارتَدَّ، فادَّعاه: فهي أُمُّ ولدٍ له، والولدُ حرٌّ، وهو ابنُه، ولا يَرِثُه.

---

(١) وفي نُسَخٍ من بداية المبتدي ص٣٩٥ زيادة، وملحَقةٌ في نُسَخٍ من الهداية ١٠٣٨هـ، وهي قوله: والمرتدةُ إذا تصرَّفت في مالها حال ردتها: جاز تصرفها.

(٢) وهو اللحاق.

وإن كانت الجاريةُ مسلمةً : وَرِثَه الابنُ إن مات علىٰ الردة، أو لَحِقَ بدار الحرب.

وإذا لَحِقَ المرتدُّ بمالِه بدار الحرب، ثم ظُهِرَ علىٰ ذلك المال : فهو فيءٌ.

فإن لَحِقَ، ثم رجع، وأَخَذَ مالاً، وأَلْحَقَه بدار الحرب، فظُهِرَ علىٰ ذلك المال، فوجَدَتْه الورثةُ قبلَ القسمة : رُدَّ عليهم.

وإن كانت الجاريةُ مسلمةً: وَرِثَه الابنُ إن مات علىٰ الردة، أو لَحِقَ بدار الحرب).

أما صحةُ الاستيلاد: فلِمَا قلنا.

وأما الإرثُ: فلأن الأمَّ إذا كانت نصرانيةً: فالولدُ تَبَعٌ له[1]؛ لقُرْبه إلىٰ الإسلام للجبر عليه، فصار في حُكْمِ المرتدِّ، والمرتدُّ لا يرِثُ المرتدَّ.

أما إذا كانت مسلمةً: فالولدُ مسلمٌ؛ تَبَعاً لها؛ لأنها خَيْرُهما دِيناً، والمسلمُ يَرِثُ المرتدَّ.

قال: (وإذا لَحِقَ المرتدُّ بمالِه[2] بدار الحرب، ثم ظُهِرَ[3] علىٰ ذلك المال: فهو فيءٌ.

فإن لَحِقَ، ثم رجع، وأَخَذَ مالاً، وأَلْحَقَه بدار الحرب، فظُهِرَ علىٰ ذلك المال، فوجَدَتْه الورثةُ قبلَ القسمة: رُدَّ عليهم).

---

(١) أي للأب المرتد.

(٢) أي مع ماله.

(٣) وفي نُسخ: ثم ظَهَرْنا.

وإذا لَحِقَ المرتدُّ بدار الحرب، وله عبدٌ، فقُضِيَ به لابْنه، فكاتَبَه الابنُ، ثم جاء المرتدُّ مسلماً: فالكتابةُ جائزةٌ، وبدلُ الكتابة، والولاءُ للمرتد الذي أسلم.

وإذا قَتَلَ المرتدُّ رجلاً خطأً، ثم لَحِقَ بدار الحرب أو قُتِلَ علىٰ رِدَّته: فالديةُ في مالٍ اكتَسَبَه في حالِ الإسلام خاصةً عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: الديةُ فيما اكتَسَبَه في حال الإسلام والردةِ.

لأن الأولَ مالٌ لم يَجْرِ فيه الإرثُ، والثاني: انتَقَلَ إلىٰ ورثته بقضاء القاضي بلَحَاقه، فكان الوارثُ مالكاً قديماً.

قال: (وإذا لَحِقَ المرتدُّ بدار الحرب، وله عبدٌ، فقُضِيَ به لابْنه، فكاتَبَه الابنُ، ثم جاء المرتدُّ مسلماً: فالكتابةُ جائزةٌ، وبدلُ الكتابة[1]، والولاءُ للمرتد الذي أسلم).

لأنه لا وجهَ إلىٰ بطلان الكتابة؛ لنفوذِها بدليلٍ مُنفِّذٍ، فجعلنا الوارثَ الذي هو خَلَفُه كالوكيل من جهته، وحقوقُ العقدِ فيه ترجعُ إلىٰ الموكِّل، والولاءُ لمَن يقعُ العِتْقُ عنه.

قال: (وإذا قَتَلَ المرتدُّ رجلاً خطأً، ثم لَحِقَ بدار الحرب أو قُتِلَ[2] علىٰ رِدَّته: فالديةُ في مالٍ اكتَسَبَه في حالِ الإسلام خاصةً عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: الديةُ فيما اكتَسَبَه في حال الإسلام والردةِ)؛ لأن العواقلَ لا تعقلُ المرتدَّ؛ لانعدام النُّصْرة، فتكونُ في ماله.

---

(١) وفي نُسخ: والمكاتبة. وكُتب عليها: أي بدل الكتابة.

(٢) أي قُتِل هذا القاتل المرتد.

وإذا قُطِعتْ يدُ المسلمِ عمداً، فارتدَّ، والعياذُ بالله، ثم مات علىٰ رِدَّته من ذلك، أو لَحِقَ بدار الحرب، ثم جاء مسلماً، فمات من ذلك : فعلىٰ القاطع نصفُ الدية في مالِه للورثة.

فإن لم يَلْحَقْ، وقد أسلم، ثم مات : فعليه الديةُ كاملةً.

وعندهما: الكَسْبان جميعاً مالُه؛ لنفوذ تصرُّفاتِه في الحالَيْن، ولهذا يجري الإرثُ فيهما عندهما.

وعنده: مالُه المكتسَبُ في الإسلام؛ لنفوذ تصرُّفِه فيه، دونَ المَكْسُوبِ في الردة؛ لتوقُّف تصرُّفه، ولهذا كان الأوَّلُ: ميراثاً عنه، والثاني: فيئاً عنده.

قال: (وإذا قُطِعتْ يدُ المسلمِ عمداً، فارتدَّ، والعياذُ بالله، ثم مات علىٰ رِدَّته من ذلك، أو لَحِقَ بدار الحرب، ثم جاء مسلماً، فمات من ذلك: فعلىٰ القاطع نصفُ الدية في مالِه للورثة).

أما الأولُ: فلأن السِّرايةَ حَلَّتْ مَحَلاً غيرَ معصومٍ، فأُهدِرَت.

بخلاف ما إذا قُطِعَت يدُ المرتد، ثم أسلم، فمات من ذلك؛ لأن الإهدارَ لا يَلْحَقُه الاعتبارُ، أما المعتَبرُ: فقد يُهدَرُ بالإبراء، فكذا بالردة.

وأما الثاني، وهو ما إذا لَحِقَ، ومعناه: إذا قُضِيَ بلَحَاقه: فلأنه صار ميتاً تقديراً، والموتُ يَقطَعُ السرايةَ، وإسلامُه حياةٌ حادِثةٌ في التقدير، فلا يعودُ حكمُ الجناية الأُولىٰ.

فإذا لم يقضِ القاضي بلَحَاقه: فهو علىٰ الخلاف الذي نُبيِّنُه إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (فإن لم يَلْحَقْ، وقد أسلم، ثم مات: فعليه الديةُ كاملةً).

وقال محمدٌ وزفر رحمهما الله : عليه في جميع ذلك نصفُ الدية .

وإذا ارتدَّ المكاتبُ، ولَحِقَ بدار الحرب، واكْتَسَبَ مالاً، فأُخِذَ بمالِه، وأبىٰ أن يُسلِمَ، فقُتِلَ : فإنه يُوَفَّىٰ مولاه مكاتبتَه، وما بقِيَ : فلورثته .

وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

(وقال محمدٌ وزفر رحمهما الله: عليه في جميع ذلك نصفُ الدية)؛ لأن اعتراضَ الردةِ أهدَرَ السرايةَ، فلا ينقلبُ بالإسلام إلىٰ الضمان، كما إذا قَطَعَ يدَ مرتدٍّ، فأسلم.

ولهما: أن الجنايةَ وَرَدَتْ علىٰ مَحَلٍّ معصومٍ، وتَمَّتْ فيه، فيجبُ ضمانُ النفس، كما إذا لم تتخلَّلِ الردةُ.

وهذا لأنه لا معتبرَ بقيام العصمة في حال بقاءِ الجناية، وإنما المعتبرُ قيامُها في حال انعقادِ السبب، وفي حالِ ثبوتِ الحكم، وحالةُ البقاء بمَعزِلٍ من ذلك كلِّه، وصار كقيام الملك في حالِ بقاءِ اليمين.

قال: (وإذا ارتدَّ المكاتبُ، ولَحِقَ بدار الحرب، واكْتَسَبَ مالاً، فأُخِذَ بمالِه، وأبىٰ أن يُسلِمَ، فقُتِلَ: فإنه يُوَفَّىٰ مولاه مكاتبتَه، وما بقِيَ: فلورثته).

وهذا ظاهرٌ علىٰ أصلهما؛ لأن كَسْبَ الردة مِلْكُه إذا كان حراً، فكذا إذا كان مكاتَباً.

وأما عند أبي حنيفة رحمه الله: فلأن المكاتَبَ إنما يملِكُ أكسابَه بالكتابة، والكتابةُ لا تتوقَّفُ بالردة، فكذا أكسابُه.

ألا ترىٰ أنه لا يتوقَّفُ تصرُّفه بالأقوىٰ، وهو الرِّقُّ، فكذا بالأدنىٰ بطريق الأَوْلىٰ.

وإذا ارتدَّ الرجلُ وامرأتُه، والعياذُ بالله، ولَحِقَا بدار الحرب، فحَبِلَتِ المرأةُ في دار الحرب، ووَلَدَتْ ولداً، ووُلِدَ لولدِهما ولدٌ، فظُهِرَ عليهم جميعاً: فالولدان فيءٌ.

ويُجبَرُ الولدُ الأولُ علىٰ الإسلام، ولا يُجبَرُ ولدُ الولد.

وارتدادُ الصبيِّ الذي يَعقِلُ: ارتدادٌ عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله، ويُجبَرُ علىٰ الإسلام، ولا يُقتَلُ، وإسلامُه: إسلامٌ، ولا يَرِثُ أبويه إن كانا كافرين.

قال: (وإذا ارتدَّ الرجلُ وامرأتُه، والعياذُ بالله، ولَحِقَا بدار الحرب، فحَبِلَتِ المرأةُ في دار الحرب، ووَلَدَتْ ولداً، ووُلِدَ لولدِهما ولدٌ، فظُهِرَ عليهم جميعاً: فالولدان فيءٌ)؛ لأن المرتَدَّةَ تُستَرَقُّ، فيتبعُها ولدُها.

(ويُجبَرُ الولدُ الأولُ علىٰ الإسلام، ولا يُجبَرُ ولدُ الولد).

وروىٰ الحسنُ عن أبي حنيفة رحمهما الله: أنه يُجبَرُ؛ تَبَعاً للجدِّ، وأصلُه التبعيةُ في الإسلام.

وهي[1] رابعةُ أربعِ مسائلَ كلُّها علىٰ الروايتين[2]، والثانيةُ: صدقةُ الفطر، والثالثةُ: جَرُّ الوَلاء، والأخرىٰ: الوصيةُ للقرابة.

قال: (وارتدادُ الصبيِّ الذي يَعقِلُ: ارتدادٌ عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله، ويُجبَرُ علىٰ الإسلام، ولا يُقتَلُ، وإسلامُه: إسلامٌ، ولا يَرِثُ أبويه إن كانا كافرين.

---

(١) أي التبعية في الإسلام. البناية ٩/ ٤١٠.

(٢) أي رواية ظاهر الرواية، ورواية الحسن.

وقال أبو يوسف رحمه الله : ارتدادُه : ليس بارتدادٍ، وإسلامُه : إسلامٌ.

وقال أبو يوسف رحمه الله: ارتدادُه: ليس بارتدادٍ، وإسلامُه: إسلامٌ).

وقال زفرُ والشافعي[١] رحمهما الله: إسلامُه: ليس بإسلامٍ، وارتدادُه: ليس بارتداد.

لهما: في الإسلام: أنه تَبَعٌ لأبويه فيه، فلا يُجعَلُ أصلاً، ولأنه تلزَمُه أحكامٌ[٢] تشوبُها المَضَرَّةُ، فلا يُؤهَّلُ له.

ولنا: فيه[٣]: أن علياً رضي الله عنه أسلم في صباه، وصَحَّحَ النبيُّ عليه الصلاة والسلام إسلامَه[٤]، وافتخارُه بذلك مشهورٌ[٥].

ولأنه أتىٰ بحقيقة الإسلام، وهي التصديقُ والإقرارُ معه؛ لأن الإقرارَ

---

(١) مغني المحتاج ١٣٧/٤.

(٢) وفي نُسخ: يُلزِمُه أحكاماً.

(٣) أي في اعتداد إسلام الصبي.

(٤) قال في الدراية ١٣٧/٢: إسلام علي رضي الله عنه في صباه وهو ابن ثمان سنين: رواه البخاري في تاريخه ٢٥٩/٦، ورواه الحاكم في المستدرك (٤٥٨٠) أنه أسلم وهو ابن عشر سنين، وينظر التعريف والإخبار ٣٤٨/٣.

وأما تصحيح النبي صلىٰ الله عليه وسلم لإسلامه: فمستنبطٌ من كونه أقرَّه علىٰ ذلك. اهـ

(٥) حيث قال في قصيدة:

سبقتُكم إلىٰ الإسلام طُرّاً صبياً ما بلغتُ أوانَ حُلُمي

ينظر تاريخ دمشق ٥٢١/٤٢، معجم الأدباء ١٨١٢/٤، البناية ٤١٣/٩.

. . . .

عن طَوْعٍ: دليلٌ علىٰ الاعتقاد، علىٰ ما عُرِف.

والحقائقُ لا تُرَدُّ، وما يتَعَلَّقُ به سعادةٌ أبَدِيَةٌ، ونجاةٌ عُقْباوِيَّةٌ، وهي من أجَلِّ المنافع، وهو الحكمُ الأصلي، ثم يُبتَنىٰ عليه غيرُها، فلا يُبالَىٰ بما يشوبُه(١).

ولهم(٢): في الردة: أنها مَضَرَّةٌ مَحْضَةٌ، بخلاف الإسلام، علىٰ أصل أبي يوسف رحمه الله؛ لأنه تَعَلَّقَ به أعلىٰ المنافعِ، علىٰ ما مَرَّ.

ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: فيها(٣): أنها موجودةٌ حقيقةً، ولا مردَّ للحقيقة، كما قلنا في الإسلام، إلا أنه يُجبَرُ علىٰ الإسلام؛ لِمَا فيه من النفع له.

ولا يُقتَلُ: لأنه عقوبةٌ، والعقوباتُ موضوعةٌ عن الصبيان؛ مَرحَمَةً عليهم، وهذا في الصبيِّ الذي يعقلُ.

ومَن لا يعقلُ من الصبيان: لا يصحُّ ارتدادُه؛ لأن إقرارَه لا يدلُّ علىٰ تغيير العقيدة.

وكذا المجنونُ والسكرانُ الذي لا يَعقِلُ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي من الضرر.

(٢) أي لأبي يوسف وزفر والشافعي رحمهم الله.

(٣) أي في الردة. العناية ٥/٣٣٠.

باب البُغَاة

وإذا تَغَلَّب قومٌ من المسلمين علىٰ بلدٍ، وخَرَجُوا عن طاعةِ الإمام: دعاهم إلىٰ العَوْدِ إلىٰ الجماعةِ، وكَشَفَ عن شُبْهتِهم.

ولا يَبدَأُ بقتالهم حتىٰ يَبدؤوه، فإن بَدَؤوه: قاتَلَهم حتىٰ يُفرِّقَ جَمْعَهم.

باب البُغَاة

قال: (وإذا تَغَلَّب قومٌ من المسلمين علىٰ بلدٍ، وخَرَجُوا عن طاعةِ الإمام: دعاهم إلىٰ العَوْدِ إلىٰ الجماعةِ، وكَشَفَ عن شُبْهتِهم).

لأن عليّاً رضي الله عنه فَعَلَ كذلك[1] بأهل حَرُوراء قبلَ قتالِهم[2].

ولأنه أهونُ الأمرَيْن، ولعلَّ الشرَّ يندفعُ به، فيُبدَأُ به.

قال: (ولا يَبدَأُ[3] بقتالهم حتىٰ يَبدؤوه، فإن بَدَؤوه: قاتَلَهم حتىٰ يُفرِّقَ جَمْعَهم).

---

(١) وفي نُسخ: ذلك.

(٢) عزاه الزيلعي في نصب الراية ٣/٤٦١ للنسائي في سننه الكبرىٰ (٨٥١٥)، وهو في المستدرك (٢٦٥٧)، وسنن البيهقي (١٦٧٤١)، الدراية ٢/١٣٨، وتنظر مناظرة ابن عباس لأهل حروراء، وكَشْف شبهتهم ورواياتها في التعريف والإخبار ٣/٣٥٥، وحروراء: اسم قرية قريبة من الكوفة، تجمَّع فيها الخوارج. البناية ٩/٤٢٩.

(٣) وضُبط هذه اللفظ في نُسَخٍ بالمبني للمجهول: يُبدأ.

. . . .

قال رضي الله عنه: هكذا ذَكَر[١] القدوريُّ رحمه الله في «مختصره».

وذَكَرَ الإمامُ المعروفُ بخُواهَرْ زادَه[٢] رحمه الله: أنه عندنا يجوزُ أنْ يَبْدَأَ[٣] بقتالهم إذا تعسكروا، واجتمعوا.

وقال الشافعي[٤] رحمه الله: لا يجوز حتىٰ يَبدؤوا بالقتال حقيقةً؛ لأنه لا يجوزُ قَتْلُ المسلم، إلا دفعاً، وهم مسلمون، بخلاف الكافر؛ لأن نفسَ الكفرِ مبيحٌ عنده.

ولنا: أن الحكمَ يُدارُ علىٰ الدليل، وهو الاجتماعُ والامتناعُ، وهذا لأنه لو انتظر الإمامُ حقيقةَ قتالِهم: ربما لا يُمكِنُه الدفعُ، فيُدارُ الحكمُ علىٰ الدليل؛ ضرورةَ دَفْعِ شرِّهم.

وإذا بَلَغَه أنهم يشترون السلاحَ، ويتأهَّبون للقتال: ينبغي أن يأخذَهم، ويَحبِسَهم حتىٰ يُقلِعوا عن ذلك، ويُحْدِثوا توبةً؛ دفعاً للشرِّ بقدر الإمكان.

---

(١) وفي نُسخ: ذَكَرَه.

(٢) محمد بن الحسين بن محمد البخاري، المعروف ببكر خُوَاهَر زاده، الإمام الفقيه الشهير، له كتاب المبسوط، توفي سنة ٤٨٣هـ، تاج التراجم ص ٢٥٩.

ومعنىٰ خُوَاهَر زاده: أي ابن أخت عالم، وهو ابن أخت القاضي أبي ثابت محمد أحمد البخاري، كما في الأنساب للسمعاني ٥/٢٢١.

(٣) وضُبط هذا اللفظ في نُسخ بالمبني للمجهول: يُبدأ.

(٤) وفي مغني المحتاج ٤/١٢٦، وغيره أن الإمام لا يقاتل البغاة حتىٰ يناصحهم، وإلا: آذنَهم بالقتال.

فإن كانت لهم فئةٌ : أَجْهَزَ علىٰ جريحِهم، واتَّبَعَ مُولِّيهم.
وإن لم تكن لهم فئةٌ : لم يُجهِزْ علىٰ جريحِهم، ولم يَتَّبِعْ مولِّيهم.
ولا تُسْبَىٰ لهم ذريةٌ، ولا يُغنَمُ لهم مالٌ.

والمَرْوِيُّ عن أبي حنيفة رحمه الله من لزوم البيت[١]: محمولٌ علىٰ حال عدمِ الإمامِ.

أما إعانةُ الإمامِ الحَقِّ: فمِن الواجبِ عند الغَنَاء[٢]، والقدرة.

قال: (فإن كانت لهم فئةٌ: أَجْهَزَ علىٰ جريحِهم، واتَّبَعَ مُولِّيهم)؛ دفعاً لشرِّهم؛ كي لا يلتحقا[٣] بهم.

قال: (وإن لم تكن لهم فئةٌ: لم يُجهِزْ علىٰ جريحِهم، ولم يَتَّبِعْ مولِّيهم)؛ لاندفاع الشرِّ بدونه.

وقال الشافعي[٤] رحمه الله: لا يجوزُ ذلك في الحالَيْن؛ لأن القتالَ إذا تركوه: لم يَبْقَ قَتْلُهم دفعاً.

وجوابُه: ما ذكرناه، أن المعتبرَ دليلُه، لا حقيقتُه

قال: (ولا تُسْبَىٰ لهم ذريةٌ، ولا يُغنَمُ[٥] لهم مالٌ).

---

(١) ذكر الكرخي في مختصره أن الحسنَ بن زياد قال: قال أبو حنيفة: إذا وقعت الفتنةُ بين المسلمين: فينبغي للرجل أن يعتزلَ الفتنةَ، ويلزمَ بيتَه. اهـ. البناية ٩/٤٣١.

(٢) أي الكفاية.

(٣) أي الجريح والمولِّي.

(٤) مغني المحتاج ٤/١٢٧.

(٥) وفي نُسخٍ: يُقسَم، وسيأتي نصُّه علىٰ عدم قسمتها، وينظر اللباب ٥/٣٣١.

ولا بأسَ بأن يُقاتِلوا بسلاحِهم إن احتاجَ المسلمون إليه.

لقول علي رضي الله عنه يومَ الجَمَل[١]: «ولا يُقتَلُ أسيرٌ، ولا يُكشَفُ سِتْرٌ[٢]، ولا يؤخَذُ مالٌ»[٣]، وهو القدوةُ في هذا الباب.

وقولُه[٤] في الأسير: تأويلُه: إذا لم تكن لهم فئةٌ، فإن كانت: يَقتلُ الإمامُ الأسيرَ، وإن شاء حَبَسَه؛ لِمَا ذكرنا، ولأنهم مسلمون، والإسلامُ يَعصِمُ النفسَ والمالَ.

قال: (ولا بأسَ بأن يُقاتِلوا بسلاحِهم إن احتاجَ المسلمون إليه).

وقال الشافعي[٥] رحمه الله: لا يجوز.

والكُرَاعُ[٦]: على هذا الخلاف.

له: أنه مالُ مسلمٍ، فلا يجوزُ الانتفاعُ به، إلا برضاه.

---

(١) يوم الجَمَل: هو يوم قتالِ عليٍّ مع عائشة رضي الله عنهما في البصرة ومعها طلحة والزبير رضي الله عنهما، وهم يطالبون بدم عثمان رضي الله عنه، وذلك بعد أن بويع علي رضي الله عنه في المدينة المنورة. ينظر البناية ٩/٤٣٣.

(٢) أي لا تُسبىٰ نساؤهم.

(٣) مصنف ابن أبي شيبة (٣٧٧٨٩)، الدراية ٢/١٣٩، التعريف والإخبار ٣/٣٥٨.

(٤) أي قول سيدنا علي رضي الله في عدم قتل الأسير. البناية ٩/٤٣٤.

(٥) مغني المحتاج ٤/١٢٧.

(٦) أي الخيل.

ويَحبِسُ الإمامُ أموالَهم، فلا يَرُدُّها عليهم، ولا يقسِمُها حتىٰ يتوبوا، فيردُّها عليهم.

وما جَبَاه أهلُ البغي من البلاد التي غَلَبوا عليها من الخراج والعُشْر: لم يأخُذْه الإمامُ ثانياً.

ولنا: أن علياً رضي الله عنه قَسَمَ السلاحَ فيما بين أصحابه بالبصرة[1]، وكانت قسمتُه للحاجة، لا للتمليك.

ولأن للإمام أن يفعلَ ذلك في مال العادِلِ عند الحاجة، ففي مال الباغي أَوْلَىٰ، والمعنىٰ فيه: إلحاقُ الضرر الأدنىٰ؛ لدفع الأعلىٰ.

قال: (ويَحبِسُ الإمامُ أموالَهم، فلا يَرُدُّها عليهم، ولا يقسِمُها حتىٰ يتوبوا، فيردُّها عليهم).

أما عدمُ القسمة: فلِمَا بيَّنَّاه.

وأما الحَبْسُ: فلدفع شرِّهم بكَسْر شَوْكَتِهم، ولهذا يَحبِسُها عنهم وإن كان لا يَحتاجُ إليها، إلا أنه يبيعُ الكُراعَ؛ لأن حَبْسَ الثمن: أنظرُ وأيسرُ.

وأما الردُّ بعد التوبة: فلاندفاع الضرورة، ولا استغنامَ فيها[2].

قال: (وما جَبَاه أهلُ البغي من البلاد التي غَلَبوا عليها من الخراج والعُشْر: لم يأخُذْه الإمامُ ثانياً)؛ لأن ولايةَ الأخذِ له؛ باعتبار الحماية، ولم يَحمِهِم.

---

(١) مصنف ابن أبي شيبة (٣٧٨٢٠)، الدراية ٢/١٣٩.

(٢) أي في أموال أهل البغي؛ لعصمتها، فلا تُقسَم بين أهل العدل، لكنها تُجَرُّ ضرورةَ دفع الشر، فإذا اندفعتِ الضرورة بتوبتهم: رُدَّت إليهم. البناية ٩/٣٢٥.

فإن كانوا صرَفوه في حَقِّه : أَجْزأَ مَن أُخِذَ منه .

وإن لم يكونوا صرَفوه في حَقِّه : فعلىٰ أهلِه فيما بينهم وبين الله تعالىٰ أن يُعيدوا ذلك .

ومَن قَتَلَ رجلاً، وهما من عسكر أهلِ البغي، ثم ظُهِرَ عليهم : فليس عليه شيءٌ .

(فإن كانوا صرَفوه في حَقِّه: أَجْزأَ مَن أُخِذَ منه)؛ لوصول الحَقِّ إلىٰ مُستَحِقِّه.

(وإن لم يكونوا صرَفوه في حَقِّه: فعلىٰ أهلِه فيما بينهم وبين الله تعالىٰ أن يُعيدوا ذلك)؛ لأنه لم يَصِلْ إلىٰ مُستَحِقِّه.

قال العبد الضعيف رحمه الله: قالوا[١]: لا إعادةَ عليهم في الخراج؛ لأنهم مقاتِلةٌ، فكانوا مصارفَ وإن كانوا أغنياءَ.

وفي العُشر: إن كانوا فقراءَ: فكذلك؛ لأنه حَقُّ الفقراء، وقد بيَّنَّاه في الزكاة.

وفي المستقبَل: يأخذُه الإمامُ؛ لأنه يحميهم فيه[٢]؛ لظهور ولايته.

قال: (ومَن قَتَلَ رجلاً، وهما من عسكر أهلِ البغي، ثم ظُهِرَ عليهم: فليس عليه شيءٌ)؛ لأنه لا ولايةَ للإمام العدلِ حين القتل، فلم ينعقدْ موجِباً، كالقتل في دار الحرب.

---

(١) أي المشايخ رحمهم الله.

(٢) أي في المستقبل من الزمان.

وإن غَلَبوا علىٰ مصرٍ، فقَتَلَ رجلٌ من أهل المصرِ رجلاً من أهل المصر عمداً، ثم ظُهِرَ علىٰ المصر: فإنه يُقتَصُّ له منه.

وإذا قَتَلَ رجلٌ من أهل العدل باغياً: فإنه يَرِثُه.

فإن قَتَلَه الباغي، وقال: قد كنتُ علىٰ حَقٍّ، وأنا الآن علىٰ حَقٍّ: وَرِثَه.

وإن قال: قتلتُه، وأنا أعلم أني علىٰ باطلٍ: لم يرِثْه، وهذا عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يَرِثُ الباغي في الوجهَيْن.

قال: (وإن غَلَبوا علىٰ مصرٍ، فقَتَلَ رجلٌ من أهل المصرِ رجلاً من أهل المصر عمداً، ثم ظُهِرَ علىٰ المصر: فإنه يُقتَصُّ له منه).

وتأويلُه: إذا لم تُجْرَ علىٰ أهلِه أحكامُهم، وأُزعِجوا قبلَ ذلك، وفي ذلك لم تنقطعْ ولايةُ الإمام، فيجبُ القصاصُ.

قال: (وإذا قَتَلَ رجلٌ من أهل العدل باغياً: فإنه يَرِثُه.

فإن قَتَلَه الباغي، وقال: قد كنتُ علىٰ حَقٍّ، وأنا الآن علىٰ حَقٍّ: وَرِثَه.

وإن قال: قتلتُه، وأنا أعلم أني علىٰ باطلٍ: لم يرِثْه، وهذا عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يَرِثُ الباغي في الوجهَيْن)، وهو قولُ الشافعيِّ[1] رحمه الله.

---

(١) الحاوي الكبير ٨/٨٥.

. . . .

وأصلُه: أنَّ العادلَ إذا أتلف نفسَ الباغي، أو مالَه: لا يضمنُ، ولا يأثمُ؛ لأنه مأمورٌ بقتالهم؛ دفعاً لشرِّهم.

والباغي إذا قَتَلَ العادلَ: لا يجبُ الضمانُ عندنا، ويأثم.

وقال الشافعيُّ رحمه الله في القديم: إنه يجب[1].

وعلىٰ هذا الخلاف: إذا تاب[2] المرتدُّ، وقد أتلف نفساً أو مالاً.

له: أنه أتلف مالاً معصوماً، أو قَتَلَ نفساً معصومةً، فيجبُ الضمانُ؛ اعتباراً بما قبل المنَعَة.

ولنا: إجماعُ الصحابةِ رضي الله عنهم، رواه الزهريُّ رحمه الله[3].

ولأنه أتلف عن تأويلٍ فاسدٍ، والفاسدُ منه: مُلحَقٌ بالصحيح إذا ضُمَّتْ إليه المنَعَةُ في حَقِّ الدفع، كما في مَنَعَة أهلِ الحرب، وتأويلِهم.

وهذا لأن الأحكامَ لا بدَّ فيها من الإلزام أو الالتزام، ولا التزامَ: لاعتقادِ الإباحةِ عن تأويلٍ، ولا إلزامَ: لعدم الولاية؛ لوجودِ المنَعَة، والولايةُ باقيةٌ قبلَ المنَعَة، وعند عدمِ التأويل: يثبت الالتزامُ اعتقاداً.

---

(١) أي الضمان، وفي الجديد: لا ضمان عليه. حاشية سعدي علىٰ الهداية، نقلاً عن الإتقاني. وينظر نهاية المطلب ٢٦/٩.

(٢) هكذا: تاب: في نسخة ٩٥٦هـ، وكذلك في طبعات الهداية القديمة، وجاء في كل النسخ الخطية من الهداية: مات، بدلاً من: تاب، وكذلك في طبعة البحر الرائق ١٥٤/٥، نقلاً عن الهداية.

(٣) مصنف عبد الرزاق (١٨٥٨٤)، الدراية ١٣٩/٢.

ويكره بيعُ السلاحِ من أهل الفتنة، وفي عساكرهم.

وليس ببيعِه بالكوفة من أهل الكوفة، ومَن لم يَعرِفْه من أهلِ الفتنة: بأسٌ.

بخلاف الإثم: لأنه لا مَنَعَةَ في حَقِّ الشارع.

إذا ثبت هذا، فنقول: قَتْلُ العادلِ الباغيَ: قَتْلٌ بحَقٍّ، فلا يَمنعُ الإرثَ.

ولأبي يوسف رحمه الله: في قَتْلِ الباغي العادلَ: أن التأويلَ الفاسدَ إنما يُعتبرُ في حَقِّ الدفع، والحاجةُ ها هنا: إلىٰ استحقاقِ الإرث، فلا يكون التأويلُ معتبَراً في حَقِّ الإرث[1].

ولهما: فيه[2]: أن الحاجةَ إلىٰ دَفْعِ الحرمان أيضاً، إذِ القرابةُ سببُ الإرث، فيُعتبرُ الفاسدُ فيه، إلا أنَّ مِن شَرْطِه: بقاءَه علىٰ ديانته.

فإذا قال: كنتُ علىٰ الباطل: لم يوجَدِ الدافعُ، فوجَبَ الضمان.

قال: (ويكره بيعُ السلاحِ من أهل الفتنة، وفي عساكرهم)؛ لأنه إعانةٌ لهم علىٰ المعصية.

قال: (ولا بأس ببيعِه بالكوفة من أهل الكوفة، وممن لم يَعرِفْه من أهلِ الفتنة[3])؛ لأنَّ الغلبةَ في الأمصار لأهل الصلاح.

---

(١) جملة: فلا يكون التأويل معتبراً في حق الإرث: مثبتةٌ في طبعات الهداية.

(٢) أي في قتل الباغي العادلَ.

(٣) هكذا كما أثبتُّ هو في نسخة ٦٤٤هـ، وفي نُسخٍ أخرىٰ: «وليس ببيعه بالكوفة من أهل الكوفة، ومن لم يعرفه من أهل الفتنة: بأسٌ».

. . . .

وإنما يكره بيعُ نَفْسِ السلاحِ، لا بيعُ ما لا يُقاتَلُ به إلا بصنعةٍ، ألا يُرىٰ أنه يكره بيعُ المعازِفِ، ولا يُكره بيعُ الخشب.

وعلىٰ هذا الخمرُ مع العنب، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

كتاب اللَّقِيْط

اللقيطُ حُرٌّ، ونفقتُه: في بيت المال.

كتاب اللَّقِيْط

اللَّقِيْطُ: سُمِّيَ به: باعتبار مَآلِه؛ لِمَا أنه يُلقَطُ.

والالتقاطُ: مندوبٌ إليه؛ لِمَا فيه من إحيائه.

وإن غَلَبَ علىٰ ظَنِّه ضياعُه: فواجبٌ عليه أَخْذُه.

قال: (اللقيطُ حُرٌّ)؛ لأن الأصلَ في بني آدمَ إنما هو الحريةُ.

وكذا الدارُ: دارُ الأحرار[1]، ولأن الحكمَ للغالِب.

قال: (ونفقتُه: في بيت المال).

هو المرويُّ عن عمر، وعليٍّ رضي الله عنهما[2].

ولأنه مسلمٌ عاجزٌ عن التكسُّبِ، ولا مالَ له، ولا قرابةَ، فأشبهَ المُقعَدَ الذي لا مالَ له، ولا قرابةَ.

---

(١) أي الدار دار الإسلام، فمَن كان فيها: يكون حُرًّا؛ باعتبار الظاهر. البناية ٤٤٣/٩.

(٢) أثر عمر رضي الله عنه في الموطأ (٢٧٣٣)، ومصنف عبد الرزاق (١٣٨٤٠)، وأما أثر علي رضي الله عنه ففي مصنف عبد الرزاق (١٦١٨٦)، وينظر نصب الراية ٤٦٦/٣.

فإن التَقَطَه رجلٌ : لم يكنْ لغيرِه أن يأخذَه من يدِه .

فإنِ ادعىٰ مُدَّعٍ أنه ابنُه : فالقولُ قولُه .

ولأن ميراثَه لبيت المال، و«الخراجُ بالضمان»[1]، ولهذا كانت جنايتُه فيه.

والملتقِطُ متبرِّعٌ في الإنفاق عليه؛ لعدم الولاية، إلا أن يأمرَه القاضي به، ليكون دَيْناً عليه؛ لعموم الولاية.

قال: (فإن التَقَطَه رجلٌ: لم يكنْ لغيرِه أن يأخذَه من يدِه[2])؛ لأنه ثَبَتَ حَقُّ الحفظِ له؛ لسَبْقِ يدِه.

قال: (فإنِ ادعىٰ مُدَّعٍ أنه ابنُه: فالقولُ قولُه)، معناه: إذا لم يَدَّعِ الملتقِطُ نَسَبَه.

وهذا استحسانٌ، والقياسُ: أن لا يُقبَلُ قولُه؛ لأنه يتضمَّنُ إبطالَ حقِّ الملتقِطِ.

---

(١) لفظ: «الخراج بالضمان»: حديث مرفوع، ولم ينص المؤلف هنا علىٰ أنه حديث نبوي، وسيأتي في الوقف، وأيضاً لم ينص هناك علىٰ أنه حديثٌ نبويٌّ، وسيذكره المصنِّف رحمه الله مرةً ثالثة في الانتفاع بالرهن.

وهو في سنن الترمذي (١٢٨٥)، وقال: حديث حسن صحيح. اهـ، وسنن أبي داود (٣٥٠٨)، والنسائي (٤٤٩٠)، وغيرهم، وينظر التلخيص الحبير ٣/٢٢.

وينبه هنا إلىٰ أن هذا الحديث قد فات الزيلعيَّ تخريجَه هنا في نصب الراية ٣/٤٧٩، وكذلك ابن حجر في الدراية ٢/١٤٦، والعلامة قاسم في منية الألمعي ص ٤٠٨، وكذلك فاتهم تخريجه في الرهن.

(٢) وفي نُسخ: منه.

وإن ادَّعاه اثنان، ووَصَفَ أحدُهما علامةً في جسده: فهو أَوْلىٰ به.

وإذا وُجِدَ في مصرٍ من أمصار المسلمين، أو في قَريةٍ من قُراهم، فادَّعىٰ ذميٌّ أنه ابنُه: ثَبَتَ نسبُه منه، وكان مسلماً.

وجهُ الاستحسان: أنه إقرارٌ للصبيِّ بما يَنفعُه؛ لأنه يتشرَّفُ بالنسب، ويُعيَّرُ بعدمِه.

ثم قيل: يصحُّ في حقِّ نفسِه[1]، دون إبطالِ يدِ الملتقط.

وقيل: يُبتَنَىٰ عليه بطلانُ يدِه.

ولو ادَّعاه الملتقِطُ: قيل: يصحُّ؛ قياساً واستحساناً، والأصحُّ أنه علىٰ القياس، والاستحسانِ[2]، وقد عُرِف في «الأصل[3]».

قال: (وإن ادَّعاه اثنان، ووَصَفَ أحدُهما علامةً في جسده: فهو أَوْلىٰ به)؛ لأن الظاهرَ شاهِدٌ له؛ لموافقة العلامةِ كلامَه.

وإن لم يَصِفْ أحدُهما علامةً: فهو ابنُهما؛ لاستوائهما في السبب.

ولو سَبَقَتْ دِعوةُ أحدِهما: فهو ابنُه؛ لأنه ثَبَتَ حَقُّه في زمانٍ لا منازِعَ له فيه، إلا إذا أقام الآخَرُ البينةَ؛ لأن البينةَ أقوىٰ.

قال: (وإذا وُجدَ في مصرٍ من أمصار المسلمين، أو في قَريةٍ من قُراهم، فادَّعىٰ ذميٌّ أنه ابنُه: ثَبتَ نسبُه منه، وكان مسلماً).

---

(١) وفي نُسخ: حقه.

(٢) أي علىٰ اختلاف حكم القياس، مع حكم الاستحسان، يعني في القياس: لا يصح، وفي الاستحسان: يصح، كما في دعوىٰ غيرِ الملتقط. البناية ٩/٤٤٦.

(٣) أي عُرف حُكم هذا في المبسوط، للإمام محمد رحمه الله.

وإن وُجِدَ في قريةٍ من قُرىٰ أهلِ الذمة، أو في بِيْعَةٍ، أو في كنيسةٍ: كان ذمياً.

وهذا استحسانٌ؛ لأن دَعواه تتضمَّنُ النسبَ، وهو نافِعٌ للصغير، وإبطالَ[1] الإسلامِ الثابتَ بالدار، وهو يضرُّه، فصحَّت دِعوتُه فيما ينفعُه، دون ما يضرُّه.

قال: (وإن وُجِدَ في قريةٍ من قُرىٰ أهلِ الذمة، أو في بِيْعَةٍ، أو في كنيسةٍ: كان ذمياً).

وهذا الجوابُ فيما إذا كان الواجِدُ ذمياً، روايةً واحدةً.

وإن كان الواجدُ مسلماً في هذا المكان، أو ذمياً في مكانِ المسلمين: اختلفتِ الروايةُ فيه: ففي[2] كتابِ اللقيط[3]: اعتَبَرَ المكانَ؛ لسَبْقه.

وفي كتاب الدعوىٰ[4]، في بعض النُّسَخ: اعتَبَرَ الواجِدَ، وهو روايةُ ابنِ سَمَاعةَ[5] عن محمدٍ رحمهما الله؛ لقوة اليد.

---

(١) أي ويتضمَّن إبطالَ الإسلام.

(٢) جاء هنا في طبعات الهداية القديمة زيادة لفظ: رواية. هكذا: رواية كتاب.

(٣) من المبسوط (الأصل)، للإمام محمد رحمه الله.

(٤) من المبسوط، للإمام محمد رحمه الله.

(٥) محمد بن سَمَاعة التميمي، الإمام الفقيه الحنفي المشهور، ريحانة أهل الرأي، حدَّث بالنوادر عن أبي يوسف ومحمد، توفي سنة ٢٣٣هـ، وعاش ١٠٣ سنة، رحمه الله. تاج التراجم ص٢٤٠.

ومن ادَّعىٰ أن اللقيطَ عبدُه : لم يُقبَلْ منه إلا أن يُقيمَ البينةَ أنه عبدُه.

وإن ادَّعىٰ عبدٌ أنه ابنُه : ثَبَتَ نسبُه منه ، وكان حرّاً.

وإن وُجِدَ مع اللقيط مالٌ مشدودٌ عليه : فهو له .

ألا ترىٰ أن تبعيةَ الأبوين فوقَ تبعيةِ الدار ، حتىٰ إذا سُبِيَ مع الصغير أحدُهما: يُعتبرُ كافراً.

وفي بعض نُسَخِه[1] : اعتَبَرَ الإسلامَ؛ نظراً للصغير.

قال: (ومن ادَّعىٰ أن اللقيطَ عبدُه: لم يُقبَلْ منه)؛ لأنه حُرٌّ ظاهراً.

(إلا أن يُقيمَ البينةَ أنه عبدُه.

وإن ادَّعىٰ عبدٌ أنه ابنُه: ثَبَتَ نسبُه منه)، لأنه ينفعُه.

(وكان حرّاً)؛ لأن المملوكَ قد تلدُ له الحرةُ، فلا تبطلُ الحريةُ الظاهرةُ بالشك.

والحُرُّ في دِعوته اللقيطَ: أَوْلىٰ من العبد، والمسلمُ: أَوْلىٰ من الذمي؛ ترجيحاً لِمَا هو الأنظرُ في حَقِّه.

قال: (وإن وُجِدَ مع اللقيط مالٌ مشدودٌ عليه: فهو له)؛ اعتباراً للظاهر.

وكذا إذا كان مشدوداً علىٰ دابة، وهو عليها؛ لِمَا ذكرنا.

ثم يصرفُه الواجِدُ إليه بأمر القاضي؛ لأنه مالٌ ضائعٌ، وللقاضي ولايةُ صَرْفِ مثلِه إليه.

---

(١) أي من كتاب الدعوىٰ من المبسوط للإمام محمد رحمه الله.

ولا يجوزُ تزويجُ الملتقِطِ.

ولا تصرُّفُه في مالِ اللقيط.

ويجوزُ أن يَقبِضَ له الهبةَ، ويُسَلِّمُه في صناعةٍ، ويؤاجِرُه.

وقيل: يَصرِفُه بغير أمر القاضي؛ لأنه للَّقيط ظاهراً.

وله ولايةُ الإنفاقِ، وشراءُ ما لا بدَّ له منه، كالطعام والكسوة؛ لأنه من الإنفاق.

قال: (ولا يجوزُ تزويجُ الملتقِطِ[١])؛ لانعدام سببِ الولاية من القرابة والملك والسَّلْطنة.

قال: (ولا تصرُّفُه في مالِ اللقيط)؛ اعتباراً بالأم، وهذا لأن ولايةَ التصرُّفِ لتثمير المال، وذلك يتحقَّقُ بالرأي الكامل، والشفقةِ الوافرة، والموجودُ في كلٍّ واحدٍ منهما[٢]: أحدُهما.

قال: (ويجوزُ أن يَقبِضَ له الهبةَ)؛ لأنه نَفْعٌ مَحْضٌ، ولهذا يملكُه الصغيرُ بنفسه إذا كان عاقلاً، وتَملِكُه الأمُّ، ووصيُّها.

قال: (ويُسَلِّمُه في صناعةٍ)؛ لأنه من باب تثقيفِه[٣]، وحِفْظِ حالِه.

قال: (ويؤاجِرُه)، قال العبدُ الضعيف: وهذا روايةُ القدوري رحمه الله في «مختصره».

---

(١) أي لا يجوز تزويج الملتقِط اللقيطَ.

(٢) أي من الأم والملتقط.

(٣) التثقيف: تقويم المِعْوَجِّ، ويُستعار للتأديب والتهذيب. البنية ٩/٤٥٤.

وفي «الجامع الصغير»: لا يجوزُ أن يؤاجِرَه، نذكرُه في الكراهية إن شاء الله تعالىٰ.

(وفي «الجامع الصغير[١]»: لا يجوزُ أن يؤاجِرَه)، كذا ذَكَرَه في الكراهية[٢]، وهو الأصحُّ.

وجهُ الأول: أنه يَرْجِعُ إلىٰ تثقيفِه.

ووجه الثاني: أنه لا يَملِكُ إتلافَ منافعِه، فأشبه العَمَّ[٣].

بخلاف الأم؛ لأنها تملِكُه، علىٰ ما (نذكرُه في الكراهية[٤] إن شاء الله تعالىٰ)، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) ص٢٣٥.

(٢) أي ذكره الإمام محمد رحمه في كتاب الكراهية من الجامع الصغير ص٢٣٥.

(٣) أي فأشبه الملتقِطُ العمَّ، أي كما لا يجوز للعم إتلاف منافع الصغير: فكذلك لا يجوز للملتقط.

(٤) في كتاب الكراهية من بداية المبتدي ص٦٥٢، وسيأتي في الهداية.

كتاب اللُّقَطَة

اللقطةُ أمانةٌ إذا أَشْهَدَ المُلْتَقِطُ أنه يأخُذُها ليَحْفَظَها، ويَرُدَّها علىٰ صاحبها.

كتاب اللُّقَطَة

قال: (اللقطةُ أمانةٌ إذا أَشْهَدَ المُلْتَقِطُ أنه يأخُذُها ليَحْفَظَها، ويَرُدَّها علىٰ صاحبها)؛ لأن الأَخْذَ علىٰ هذا الوجه مأذونٌ فيه شرعاً، بل هو الأفضلُ عند عامةِ العلماء.

وهو الواجبُ إذا خاف الضياعَ، علىٰ ما قالوا[1].

وإذا كان كذلك[2]: لا تكونُ مضمونةً عليه.

وكذلك[3] إذا تصادَقَا أنه أَخَذَها للمالك؛ لأن تصادُقَهما حُجَّةٌ في حَقِّهما، فصار كالبينة.

ولو أقرَّ أنه أَخَذَها لنفسِه: يَضمنُ، بالإجماع؛ لأنه أَخَذَ مالَ غيرِه بغير إذنه، وبغير إذنِ الشرعِ.

وإن لم يُشْهِدِ الشهودَ عليه[4]، وقال الآخِذُ: أَخذتُه للمالك، وكذَّبه

---

(١) أي المشايخ رحمهم الله.

(٢) أي إذا كان أَخْذُ اللقطة مأذوناً فيه شرعاً. البناية ٤٥٩/٩.

(٣) أي لا تكون مضمونةً إذا تصادق المالك والملتقط..

(٤) أي علىٰ الأخذ.

فإن كانت أقلَّ من عشرةِ دراهمَ : عرَّفَها أياماً، وإن كانت اللقطةُ عشرةً فصاعداً : عَرَّفَها حَوْلاً.

المالك: يضمنُ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يضمنُ، والقولُ قولُه؛ لأن الظاهرَ شاهدٌ له؛ لاختيارِه الحِسْبَةَ، دون المعصية

ولهما: أنه أقرَّ بسببِ الضمان، وهو أَخْذُ مالِ الغيرِ، وادعىٰ ما يُبرئه، وهو الأخذُ لمالكه، وفيه وَقَعَ الشكُّ، فلا يبرأ.

وما ذَكَرَ[1] من الظاهر: يُعارِضُه مثلُه؛ لأن الظاهرَ أن يكونَ المتصرِّفُ عاملاً لنفسه.

ويكفيه في الإشهادِ أن يقول: مَن سمعتموه يَنشُدُ لقطةً: فدُلُّوه عليَّ.

واحدةً كانتِ اللقطةُ، أو أكثرَ؛ لأنها[2] اسمُ جنسٍ.

قال: (فإن كانت أقلَّ من عشرةِ دراهمَ: عرَّفَها أياماً، وإن كانت اللقطةُ عشرةً فصاعداً: عَرَّفَها حَوْلاً).

قال العبدُ الضعيف: وهذه روايةٌ عن أبي حنيفة رحمه الله.

وقولُه: أياماً: معناه: علىٰ حَسَبِ ما يَرىٰ.

وقدَّره محمدٌ رحمه الله في «الأصل»: بالحول، من غيرِ تفصيلٍ بين

---

(١) أي أبو يوسف رحمه الله. البناية ٩/٤٦١.

(٢) وفي نُسخ: لأنه. قلت: علىٰ تقدير: لفظ اللقطة.

. . . .

القليل والكثير، وهو قولُ مالكٍ والشافعي[(١)] رحمهما الله.

لقولِه عليه الصلاة والسلام: «مَن التقط شيئاً: فليُعَرِّفْه سَنَةً»[(٢)].

من غير فَصْلٍ.

وجهُ الأول: أن التقديرَ بالحول وَرَدَ في لقطةٍ كانت مائةَ دينارٍ، تساوي ألفَ درهم، والعشرةُ وما فوقَها: في معنىٰ الألف، في تعلُّق القطعِ به في السرقة، وفي تعلُّقِ استحلالِ الفرج به، وليست في معناها في حقِّ تعلُّقِ الزكاة، فأوجبنا التعريفَ بالحول احتياطاً، وما دونَ العشرةِ: ليس في معنىٰ الألف بوجهٍ ما، ففوَّضْنا إلىٰ رأي المبتَلَىٰ به.

وقيل: الصحيحُ أنَّ شيئاً من هذه المقاديرِ ليس بلازمٍ، ويُفَوَّضُ إلىٰ رأي الملتقِطِ، يُعرِّفُها إلىٰ أنْ يَغلِبَ علىٰ ظنِّه أنَّ صاحبَها لا يَطلُبُها بعد ذلك، ثم يتصدَّق به.

وإن كانت اللقطةُ شيئاً لا يَبقَىٰ: عَرَّفه، حتىٰ إذا خاف أنْ يَفسُدَ: تصدَّق به.

وينبغي أنْ يُعرِّفَها في الموضع الذي أصابها، وفي المَجامِعِ، فإن ذلك أقربُ إلىٰ الوصول إلىٰ صاحبها.

---

(١) التلقين للقاضي عبد الوهاب ص١٣٦، الحاوي الكبير للماوردي ١٢/٨.

(٢) مسند البزار (٩٤٥٠)، وفي إسناده يوسف بن خالد: وهو ضعيف، الدراية ١٤٠/٢، وفي الصحيحين (خ: ٢٣٧٢، م: ١٧٢٢) قال صلىٰ الله عليه وسلم: عرِّفْها سَنَةً، ثم اعرفْ عِفاصَها ووِكاءَها، وفي رواية لمسلم (١٧٢٣): عرِّفها حولاً.

فإن جاء صاحبُها، وإلا : تصدَّقَ بها .

فإن جاء صاحبُها بعد ما تصدَّق بها : فهو بالخيار : إن شاء أمضىٰ الصدقةَ، وإن شاء ضَمَّن الملتقِطَ .

وإن كانت اللقطةُ شيئاً يُعلَمُ أن صاحبَها لا يطلُبُها، كالنَّواة، وقشورِ الرُّمَّان: يكون إلقاؤه إباحةً، حتىٰ جاز الانتفاعُ به من غير تعريفٍ، ولكنه مُبَقًّى علىٰ مِلْكِ مالكِه؛ لأن التمليكَ من المجهولِ لا يصح.

قال: (فإن جاء صاحبُها، وإلا: تصدَّقَ بها)؛ إيصالاً للحَقِّ إلىٰ المستَحِقِّ.

وهو واجبٌ بقَدْر الإمكان، وذلك بإيصال عَيْنها عندِ الظَّفَر بصاحبها، وإيصالِ العوض، وهو الثوابُ، علىٰ اعتبارِ إجازته[1] التصدُّق بها.

وإن شاء أمسكها؛ رجاءَ الظَّفَرِ بصاحبها.

قال: (فإن جاء صاحبُها)، يعني (بعد ما تصدَّق بها: فهو بالخيار: إن شاء أمضىٰ الصدقةَ)، وله ثوابُها؛ لأن التصدُّقَ وإن حَصَلَ بإذن الشرع: لم يحصل بإذنه، فيتوقَّفُ علىٰ إجازته.

والمِلْكُ يثبتُ للفقير قبلَ الإجازة، فلا يتوقَّفُ علىٰ قيام المَحَلِّ، بخلاف بيعِ الفضوليِّ؛ لثبوته بعدَ الإجازةِ فيه.

(وإن شاء ضَمَّن الملتقِطَ)؛ لأنه سَلَّمَ مالَه إلىٰ غيره بغير إذنه، إلا أنه بإباحةٍ من جهة الشرع، وهذا لا ينافي الضمانَ؛ حقاً للعبد، كما في تناوُلِ المضطرِّ مالَ الغيرِ حالةَ المَخمَصة.

---

(١) أي إجازة صاحب الصدقة.

ويجوزُ الالتقاطُ في الشاةِ، والبقرِ، والبعير.

فإن أنفق الملتقِطُ عليها بغير إذنِ الحاكمِ: فهو مُتَبَرِّعٌ.

وإن شاء ضَمَّنَ المسكينَ إذا هَلَكَ في يده؛ لأنه قَبَضَ مالَه بغير إذنه.

وإن كان قائماً[١]: أَخَذَه؛ لأنه وَجَدَ عينَ ماله.

قال: (ويجوزُ الالتقاطُ في الشاةِ، والبقرِ، والبعير).

وقال مالكٌ والشافعي[٢] رحمهما الله: إذا وُجِدَ البعيرُ والبقرُ في الصحراء: فالترك أفضلُ.

وعلىٰ هذا الخلاف: الفَرَسُ.

لهما: أن الأصلَ في أَخْذِ مالِ الغير: الحُرمةُ، والإباحةُ: مخافةَ الضياع، وإذا كان معها ما تدفَعُ عن نفسِها: يَقِلُّ الضياعُ، ولكنه يُتوهَّمُ، فيُقضىٰ بالكراهة، والندبِ إلىٰ الترك.

ولنا: أنها لقطةٌ يُتوهَّمُ ضياعُها، فيُستحبُّ أَخْذُها، وتعريفُها؛ صيانةً لأموال الناس، كما في الشاة.

قال: (فإن أنفق الملتقِطُ عليها بغير إذنِ الحاكمِ[٣]: فهو مُتَبَرِّعٌ)؛ لقصور ولايتِه عن ذمةِ المالك.

---

(١) أي إن كان المالُ الذي هو لقطة قائماً في يد الفقير.

(٢) التلقين ص١٣٦، كفاية الأخيار ٢/١٣.

(٣) وفي نُسخ: القاضي.

وإن أنفق بأمره : كان ذلك دَيْناً علىٰ صاحبِها .

وإذا رُفِعَ ذلك إلىٰ الحاكم : نَظَرَ فيه، فإن كانت للبهيمة منفعةٌ : آجَرَها، وأنفق عليها من أُجْرتِها .

وإن لم تكنْ لها منفعةٌ، وخاف أن تَستغرِقَ النفقةُ قيمتَها : باعها، وأَمَرَ بحفظ ثمنها .

وإن كان الأصلحُ الإنفاقَ عليها : أَذِنَ له في ذلك، وجَعَلَ النفقةَ دَيْناً علىٰ مالكِها .

قال: (وإن أنفق بأمره: كان ذلك دَيْناً علىٰ صاحبِها)؛ لأن للقاضي ولايةً في مالِ الغائب؛ نظراً له، وقد يكونُ النظرُ في الإنفاق، علىٰ ما نُبيِّن إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (وإذا رُفِعَ ذلك إلىٰ الحاكم: نَظَرَ فيه، فإن كانت للبهيمة منفعةٌ: آجَرَها، وأنفق عليها من أُجْرتِها)؛ لأن فيه إبقاءَ العينِ علىٰ مِلْكِه[1] من غير إلزامِ الدَّيْن عليه.

وكذلك يُفعَلُ بالعبد الآبق.

قال: (وإن لم تكنْ لها منفعةٌ، وخاف أن تَستغرِقَ النفقةُ قيمتَها: باعها، وأَمَرَ بحفظ ثمنها)؛ إبقاءً له[2] معنىً عند تعذُّر إبقائه صورةً.

قال: (وإن كان الأصلحُ الإنفاقَ عليها: أَذِنَ له في ذلك، وجَعَلَ النفقةَ دَيْناً علىٰ مالكِها)؛ لأنه نُصِبَ ناظراً، وفي هذا نظرٌ من الجانبين.

---

(١) وفي نُسخ: مالكه.

(٢) أي لأجل إبقاء اللقطة للمالك معنىً. البناية ٩/٤٧٢.

وإذا حَضَرَ: فللملتقِطِ أن يَمنعَها منه حتىٰ يُحضِرَ النفقةَ.

قالوا: إنما يأمرُ بالإنفاق يومين، أو ثلاثةَ أيامٍ علىٰ قَدْر ما يَرىٰ؛ رجاءَ أن يَظهَرَ مالكُها، فإذا لم يَظهَرْ: يأمرُ ببيعِها؛ لأن دارَّةَ النفقةِ مستأصِلةٌ[1]، فلا نظرَ في الإنفاق مدةً مديدةً.

قال رضي الله عنه: وفي «الأصل» شَرَطَ إقامةَ البينة، وهو الصحيح؛ لأنه يَحتملُ أن يكونَ غصباً في يده، فلا يَأمرُ فيه بالإنفاق، وإنما يأمرُ به في الوديعة، فلا بدَّ من البينة لكشف الحال، وليستِ البينةُ تُقامُ للقضاء.

وإن قال: لا بيِّنَةَ لي: يقولُ القاضي له: أنفِقْ عليه إن كنتَ صادقاً فيما قلتَ، حتىٰ يرجعَ علىٰ المالكِ إن كان صادقاً، ولا يرجعَ إن كان غاصباً.

وقولُه في «الكتاب[2]»: وجَعَلَ النفقةَ دَيْناً علىٰ صاحبها: إشارةٌ إلىٰ أنه إنما يرجعُ علىٰ المالِكِ بعد ما حَضَرَ.

ولم تُبَعِ اللقطةُ إذا شَرَطَ القاضي الرجوعَ علىٰ المالك، وهذه روايةٌ، وهو الأصح.

قال: (وإذا حَضَرَ)، يعني المالكُ: (فللملتقِطِ أن يَمنعَها منه حتىٰ يُحضِرَ النفقةَ)؛ لأنه حَيِيَ بنفقته، فصار كأنه استفاد الملكَ من جهته، فأشبه المبيعَ.

وأقربُ من ذلك: رادُّ الآبِقِ، فإن له الحبسَ؛ لاستيفاء الجُعْلِ؛ لِمَا ذكرنا.

---

(١) أي استمرار النفقة: مستأصلٌ للعين.

(٢) أي مختصر القدوري.

ولقطةُ الحِلِّ والحَرَم : سواءٌ.

ثم لا يسقطُ دَيْنُ النفقة بهلاكه في يد الملتقِطِ قبلَ الحَبْسِ، ويَسقطُ إذا هَلَكَ بعد الحبس؛ لأنه يصيرُ بالحبس شبيهَ الرهن.

قال: (ولقطةُ الحِلِّ والحَرَم: سواءٌ).

وقال الشافعي[1] رحمه الله: يجب التعريفُ في لقطة الحرم إلىٰ أن يجيءَ صاحبُها؛ لقولِه عليه الصلاة والسلام في الحرم: «ولا تَحِلُّ لقطتُها إلا لمُنشِدِها»[2].

ولنا: قولُه عليه الصلاة والسلام: «اعْرِفْ عِفَاصَها[3]، ووِكاءَها، ثم عرِّفْها سَنَةً»[4]، من غير فَصْلٍ.

ولأنها لقطةٌ، وفي التصدُّقِ بعد مدةِ التعريف: إبقاءُ مِلْكِ المالكِ من وجهٍ، فيَملِكُه كما في سائرها.

وتأويلُ ما روىٰ: أنه لا يَحِلُّ الالتقاطُ إلا للتعريف.

والتخصيصُ بالحرم: لبيان أنه لا يسقطُ التعريفُ فيه؛ لمكانِ أنه للغُرباء ظاهراً.

---

(١) الغرر البهية ٣/٣٩٦.

(٢) صحيح البخاري (٢٤٣٣)، صحيح مسلم (١٣٥٥).

(٣) العِفَاص: هو الوعاء الذي تكون فيه النفقة، والوِكاء: هو الرباط الذي يُشد به.

(٤) صحيح مسلم (١٧٢٢).

وإذا حضر رجلٌ فادَّعىٰ اللقطةَ : لم تُدفَعْ إليه حتىٰ يُقيمَ البينةَ، فإن أعطىٰ علامتَها : حَلَّ للملتقِط أن يَدفعَها إليه، ولا يُجبَرُ علىٰ ذلك في القضاء.

قال: (وإذا حضر رجلٌ فادَّعىٰ اللقطةَ: لم تُدفَعْ إليه حتىٰ يُقيمَ البينةَ، فإن أعطىٰ علامتَها: حَلَّ للملتقِط أن يَدفعَها إليه، ولا يُجبَرُ علىٰ ذلك في القضاء).

وقال مالكٌ[(١)]، والشافعي[(٢)] رحمهما الله: يُجبَرُ.

والعلامةُ: مثلُ أن يُسمِّيَ وزنَ الدراهم، وعددَها، ووِكاءَها، ووعاءَها.

لهما: أن صاحبَ اليدِ يُنازِعُه في اليد، ولا ينازِعُه في المِلْكِ، فيُشترطُ الوصفُ: لوجود المنازعةِ من وجهٍ، ولا تُشترطُ إقامةُ البينة: لعدم المنازعة من وجه.

ولنا: أن اليد حقٌّ مقصودٌ، كالملك، فلا يُستَحَقُّ إلا بحجةٍ، وهي البينةُ؛ اعتباراً بالملك، إلا أنه يَحِلُّ له الدفعُ عند إصابةِ العلامةِ.

لقوله عليه الصلاة والسلام: «فإن جاء صاحبُها، وعَرَفَ عِفاصَها، وعددَها: فادْفَعْها إليه»[(٣)].

---

(١) التلقين ص١٣٦.

(٢) بل المذهب عنده أنه لا يجبر. روضة الطالبين ٥/٤١٣، مغني المحتاج ٢/٤١٦.

(٣) سنن أبي داود (١٧٠٨)، وبلفظ قريب في صحيح مسلم (١٧٢٢).

ولا يَتصدَّقُ باللقطة علىٰ غنيٍّ.

وهذا للإباحة؛ عملاً بالمشهور، وهو قولُه عليه الصلاة والسلام: «البيِّنةُ علىٰ المدعي، واليمينُ علىٰ مَن أنكَر»[١]. الحديث.

ويأخذُ منه كفيلاً إذا كان يدفعُها إليه؛ استيثاقاً، وهذا بلا خلافٍ؛ لأنه يأخذُ الكفيلَ لنفسه، بخلاف التكفيل لوارثٍ غائبٍ عنده[٢].

وإذا صَدَّقَه[٣]: قيل: لا يُجبَرُ علىٰ الدفع، كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدَّقه.

وقيل: يُجبرُ؛ لأن المالكَ ها هنا غيرُ ظاهرٍ، والمودِعَ[٤] مالِكٌ ظاهراً[٥].

قال: (ولا يَتصدَّقُ باللقطة علىٰ غنيٍّ)؛ لأن المأمورَ به هو التصدُّقُ[٦].

---

(١) سنن الترمذي (١٣٤١)، قال: وفي إسناده مقالٌ، الآثار لأبي يوسف (٧٣٨)، مسند الشافعي (٦٤١)، سنن الدارقطني (٤٣١١)، سنن البيهقي (١٢١١٢)، وينظر التلخيص الحبير ٣٩/٤، ٢٠٨.

(٢) أي عن أبي حنيفة رحمه الله، وصورة المسألة: ميراثٌ قُسم بين الغرماء أو الورثة: لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث كفيلٌ عند أبي حنيفة، وعندهما: يؤخذ. البناية ٤٧٩/٩.

(٣) أي صدَّق الملتقطُ مدعي اللقطة.

(٤) وضُبطت هذه الكلمة في نُسخ: بضم العين: المودِعُ. قلت: بحسب التقدير.

(٥) وفي نُسخ: ظاهرٌ.

(٦) وفي نُسخ: الصدقة.

وإن كان الملتقِطُ غنيًّا : لم يَجُزْ له أن يَنتفِعَ بها .

لقوله عليه الصلاة والسلام: «فإن لم يأت ـ يعني صاحبُها ـ: فليتصدَّقْ بها»[١].

والصدقةُ لا تكون علىٰ غنيٍّ، فأشبه الصدقةَ المفروضةَ.

قال: (وإن كان الملتقِطُ غنيًّا: لم يَجُزْ له أن يَنتفِعَ بها).

وقال الشافعيُّ[٢] رحمه الله: يجوز؛ لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أُبيٍّ رضي الله عنه: «فإن جاء صاحبُها: فادفَعْها إليه، وإلا فانتَفِعْ بها»[٣]، وكان من المياسير.

ولأنه إنما يُباح للفقير: حَمْلاً له علىٰ رَفْعِها؛ صيانةً لها، والغنيُّ يُشارِكُه فيه.

ولنا: أنه مالُ الغير، فلا يُباحُ الانتفاعُ به إلا برضاه؛ لإطلاق النصوص.

والإباحةُ للفقير: لِمَا رويناه، أو بالإجماع، فيبقىٰ ما وراءَه علىٰ الأصل.

والغَنِيُّ محمولٌ علىٰ الأخذ[٤]؛ لاحتمال افتقارِه في مدةِ التعريف،

---

(١) وفي نُسخ: فليتصدَّق به. صحيح ابن حبان (٤٨٩٠)، المعجم الكبير (٥٢٥٤).

(٢) العزيز ٦/٣٦٩.

(٣) سنن أبي داود (١٧٠٨)، وينظر بمعناه في صحيح مسلم (١٧٢٢).

(٤) هذا جوابٌ عما قال الشافعي رحمه الله: أنه يجوز الانتفاع للغني بعد مدة التعريف، حتىٰ يكون حاملاً علىٰ رفع اللقطة، وصيانتِها؛ لأنه إذا عَرَفَ أن اللقطة يجوز له الانتفاع بها بعد التعريف: يرفعُها؛ رجاءَ أن تؤول إليه.

وتقرير الجواب: أن الغنيَّ محمولٌ علىٰ أخذ اللقطة؛ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف، والفقير قد يتوانىٰ. البناية ٩/٤٨٢.

وإن كان الملتقطُ فقيراً : فلا بأسَ بأن يَنتفِعَ بها .

وكذا إذا كان الفقيرُ أباه، أو ابنَه، أو زوجتَه وإن كان هو غنياً .

والفقيرُ قد يَتوانىٰ؛ لاحتمال استغنائه فيها.

وانتفاعُ أُبِيٍّ رضي الله عنه: كان بإذن الإمام، وهو جائزٌ بإذنه.

قال: (وإن كان الملتقطُ فقيراً: فلا بأسَ بأن يَنتفِعَ بها)؛ لِمَا فيه من تحقيق النظرِ من الجانبين، ولهذا جاز الدفعُ إلىٰ فقيرٍ غيرِه.

قال: (وكذا[1] إذا كان الفقيرُ أباه، أو ابنَه، أو زوجتَه وإن كان هو غنياً)؛ لِمَا ذكرنا، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي ويجوز صَرْفُها إلىٰ والد الملتقط أو ابنه أو زوجته وإن كان الملتقِط غنياً. البناية ٩/٤٨٤.

كتاب الإِبَاق

ومَن رَدَّ الآبِقِ علىٰ مولاه من مسيرةِ ثلاثةِ أيامٍ، فصاعداً: فله عليه جُعْلُه: أربعونَ درهماً، وإن رَدَّه لأقلَّ من ذلك: فبحسابه.

كتاب الإِبَاق

الآبِقُ أَخْذُه أفضلُ في حَقِّ مَن يَقوَىٰ عليه؛ لِمَا فيه من إحيائه.

وأما الضالُّ: فقد قيل: كذلك.

وقيل: تَرْكُه أفضلُ؛ لأنه لا يَبرَحُ مكانَه، فيجدُه المالكُ، ولا كذلك الآبقُ.

ثم آخِذُ الآبقِ: يأتي به إلىٰ السلطان؛ لأنه لا يَقدِرُ علىٰ حفظِه بنفسه، بخلاف اللقطة.

ثم إذا رُفِعَ[١] الآبقُ إليه[٢]: يَحبِسُه.

ولو رُفِعَ الضالَّ: لا يحبسُه؛ لأنه لا يُؤمَنُ علىٰ الآبقِ الإباقُ ثانياً، بخلاف الضالِّ.

قال: (ومَن رَدَّ الآبِقِ علىٰ مولاه من مسيرةِ ثلاثةِ أيامٍ، فصاعداً: فله عليه جُعْلُه: أربعونَ درهماً، وإن رَدَّه لأقلَّ من ذلك: فبحسابه)، وهذا استحسانٌ.

---

(١) وفي نُسخ: دُفِعَ. بالدال.

(٢) أي إلىٰ السلطان.

. . . .

والقياسُ: أن لا يكونَ له شيءٌ إلا بالشرط، وهو قولُ الشافعي[١] رحمه الله؛ لأنه متبرِّعٌ بمنافعه، فأشبه العبدَ الضالَّ.

ولنا: أن الصحابةَ رضوانُ الله عليهم اتفقوا علىٰ وجوبِ أصلِ الجُعْلِ، إلا أنَّ منهم مَن أوجب أربعينَ، ومنهم مَن أوجب ما دونها[٢]، فأوجبنا الأربعينَ في مسيرة السفر، وما دونَها: فيما دونه؛ توفيقاً، وتلفيقاً بينهما[٣].

ولأنَّ إيجابَ الجُعلِ: أصلُه حامِلٌ علىٰ الردِّ، إذِ الحِسْبَةُ نادرةٌ، فتحصُلُ صيانةُ أموالِ الناس.

والتقديرُ: بالسمع[٤]، ولا سمعَ في الضالِّ، فامتنع.

ولأن الحاجةَ إلىٰ صيانة الضالِّ: دونَها إلىٰ صيانة الآبق؛ لأنه لا يَتوارىٰ[٥]، والآبقُ يختفي.

ويُقدَّرُ الرَّضْخُ[٦] في الردِّ عمَّا دون السفر: باصطلاحهما[٧]، أو يُفوَّضُ

---

(١) جواهر العقود ١/٣٢٩.

(٢) مصنف عبد الرزاق (١٤٩١١)، مصنف ابن أبي شيبة (٢١٩٣٩)، المعجم الكبير (٩٠٦٦)، الدراية ٢/١٤٢، التعريف والإخبار ٣/٤٣٦.

(٣) أي بين رواية الأربعين ورواية ما دونها.

(٤) هذا جوابٌ عن استدلال الشافعي رحمه الله. البناية ٩/٤٩٠.

(٥) أي الضال.

(٦) هذا تفصيلٌ لما أجمله فيما لو ردَّه لأقل من مسافة سفر.

(٧) أي الرادِّ والمالك.

وإن كانت قيمتُه أقلَّ من أربعين : يُقضَىٰ له بقيمتِه إلا درهماً.

إلىٰ رأي القاضي.

وقيل: تُقسمُ الأربعونَ علىٰ الأيام الثلاثة، إذ هي أقلُّ مدةِ السفر.

قال: (وإن كانت قيمتُه أقلَّ من أربعين: يُقضَىٰ له بقيمتِه إلا درهماً).

قال رضي الله عنه: وهذا قولُ محمدٍ رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: له أربعونَ درهماً؛ لأن التقديرَ بها ثبت بالنص، فلا يُنقَصُ عنها.

ولهذا لا يجوزُ الصلحُ علىٰ الزيادة، بخلاف الصلحِ علىٰ الأقلِّ؛ لأنه حَطٌّ منه.

ولمحمدٍ رحمه الله: أن المقصودَ حَمْلُ الغير علىٰ الردِّ؛ ليحيا مالُ المالك، فيُنقَصُ درهمٌ؛ ليسلَمَ له شيءٌ؛ تحقيقاً للفائدة.

وأمُّ الولد والمدبَّرُ في هذا: بمنزلة القِنِّ إذا كان الردُّ في حياة المولىٰ؛ لِمَا فيه من إحياء ملكه.

ولو رُدَّ بعد مماته: لا جُعْلَ فيهما؛ لأنهما يَعتِقان بالموت، بخلاف القِنِّ.

ولو كان الرادُّ أبا المولىٰ، أو ابنَه، وهو في عِياله، أو أحدَ الزوجين علىٰ الآخِر: فلا جُعْلَ؛ لأن هؤلاء يتبرَّعون بالردِّ عادةً، ولا يتناولُهم إطلاقُ «الكتاب[1]».

---

(١) أي إطلاق ما جاء في مختصر القدوري، من قوله: «ومَن رَدَّ الآبقَ علىٰ مولاه....فله عليه جُعْله أربعون درهماً».

وإن أَبَقَ مِن الذي رَدَّه : فلا شيءَ عليه .

قال: (وإن أَبَقَ مِن الذي رَدَّه: فلا شيءَ عليه)؛ لأنه أمانةٌ في يده، ولكن هذا إذا أشهد، وقد ذكرناه في اللقطة.

قال رضي الله عنه: وذُكِرَ في بعض النُّسَخ[1]: أنه لا شيءَ له، وهو صحيحٌ أيضاً؛ لأنه في معنىٰ البائع من المالك.

ولهذا كان له أن يَحبِسَ الآبقَ حتىٰ يَستوفيَ الجُعلَ، بمنزلة البائع يَحبِسُ المبيعَ لاستيفاء الثمن.

وكذا إذا مات في يده: لا شيءَ عليه؛ لِمَا قلنا.

قال[2]: ولو أعتقه المولىٰ كما لَقِيَه[3]: صار قابضاً بالإعتاق، كما في العبد المشترَىٰ.

وكذا إذا باعه من الرادِّ؛ لسلامة البدلِ له.

والردُّ وإن كان له حكمُ البيع: لكنه بيعٌ من وجهٍ، فلا يدخلُ تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يُقبَض[4]، فجاز.

---

(١) أي نسخ القدوري. البناية ٩/٤٩٣.

(٢) أي الإمام محمد رحمه الله، وهذه المسألة من كتاب الأصل. حاشية سعدي.

(٣) أي أعتقه قبل أن يقبضه وقت لقائه. البناية ٩/٤٩٤.

(٤) لم يخرِّجه هنا صاحب نصب الراية ٣/٤٧١، وكذلك صاحب الدراية ٢/١٤٢، وخرَّجاه في البيوع: نصب الراية ٤/٣٢، الدراية ٢/١٥٥، وسيأتي قريباً.

=

وينبغي إذا أَخَذَه : أن يُشهِدَ أنه يأخُذُه ليَرُدَّه.

وإن كان الآبِقُ رهناً : فالجُعْلُ علىٰ المرتهن.

وهذا إذا كانت قيمتُه مثلَ الدَّيْن، أو أقلَّ منه، فإن كانت أكثرَ منه : . .

قال: (وينبغي إذا أَخَذَه: أن يُشهِدَ أنه يأخُذُه ليَرُدَّه).

فالإشهادُ حَتْمٌ فيه[1] عليه، علىٰ قول أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

حتىٰ لو ردَّه مَن لم يُشهِدْ وقتَ الأخذ: لا جُعلَ له عندهما؛ لأن تَرْكَ الإشهادِ أمارةُ أنه أَخَذَه لنفسه، وصار كما إذا اشتراه من الآخِذ، أو اتَّهَبَه، أو وَرِثَه، فردَّه علىٰ مولاه: لا جُعلَ له؛ لأنه ردَّه لنفسه، إلا إذا أشهد أنه اشتراه ليردَّه: فيكونُ له الجُعلُ، وهو متبرِّعٌ في أداء الثمن.

قال: (وإن كان الآبِقُ رهناً: فالجُعْلُ علىٰ المرتهن).

لأنه أحيا[2] ماليَّتَه بالردِّ، وهي حَقُّه، إذِ الاستيفاءُ منها، والجُعلُ بمقابلة إحياء المالية، فيكونُ عليه.

والردُّ في حياة الراهن، وبعده: سواءٌ؛ لأن الرهنَ لا يبطلُ بالموت.

قال: (وهذا إذا كانت قيمتُه مثلَ الدَّيْن، أو أقلَّ منه، فإن كانت أكثرَ منه:

وهذا النهي ورد في الكتب الستة وغيرها بألفاظ متعددة متقاربة، أما لفظ الصحيحين (خ: ٢١٣٦، م: ١٥٢٥) فهو: «من ابتاع طعاماً، فلا يبعْه حتىٰ يستوفيَه»، وبلفظ: «حتىٰ يقبِضَه»، وجاء بلفظ المؤلف في المعجم الأوسط (١٥٥٤) ، وفي سنده مقالٌ.

(١) أي في الآبق، ومعنىٰ: عليه: أي علىٰ الآخذ.

(٢) وفي غالب النُسخ: حَيِيَ ماليتُه.

فبقَدْر الدَّين عليه، والباقي علىٰ الراهن.

فبقَدْر الدَّين عليه، والباقي علىٰ الراهن)؛ لأن حَقَّه تعلَّقَ بالقَدْر المضمون، فصار كثمن الدواء[١]، وتخليصِه عن الجناية بالفداء.

وإن كان مديوناً: فعلىٰ المولىٰ إن اختار قضاءَ الدين.

وإن بِيعَ: بُدِئَ بالجُعل، والباقي للغرماء؛ لأنه مؤنةُ الملك، والملكُ فيه: كالموقوف، فتجبُ علىٰ مَن يَستقرُّ له.

وإن كان جانياً: فعلىٰ المولىٰ إن اختار الفداءَ؛ لعَوْد المنفعةِ إليه.

وعلىٰ الأولياء: إن اختار[٢] الدفعَ؛ لعَوْدِها إليهم.

وإن كان موهوباً: فعلىٰ الموهوبِ له وإن رَجَعَ الواهبُ في هبتِه بعد الردِّ؛ لأن المنفعةَ للواهب ما حَصَلَتْ بالرد، بل بتَرْك الموهوب له التصرفَ فيه بعد الرد.

وإن كان لصبيٍّ: فالجُعْلُ في ماله؛ لأنه مؤنةُ ملكِه.

وإن ردَّه وصيُّه: فلا جُعْلَ له؛ لأنه هو الذي يتولىٰ الردَّ فيه، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) حيث يجب ذلك علىٰ المرتهن بقدر دينه، والباقي علىٰ الراهن، وتخليصه، أي تخليص العبد المرهون عن الجناية بالفداء، فإن الفداء يجب علىٰ المرتهن بقدر دينه، والباقي علىٰ الراهن، فكذلك الجُعل. البناية ٩/٤٩٦.

(٢) أي المولىٰ. البناية ٩/٤٩٦.

كتاب المفقود

إذا غاب الرجلُ، فلم يُعرَفْ له موضعٌ، ولم يُعلَمُ أحيٌّ هو أم ميتٌ: نَصَبَ القاضي مَن يَحفظُ مالَه، ويقومُ عليه، ويستوفِي حَقَّه.

كتاب المفقود

قال: (إذا غاب الرجلُ، فلم يُعرَفْ له موضعٌ، ولم[1] يُعلَمُ أحيٌّ هو أم ميتٌ: نَصَبَ القاضي مَن يَحفظُ مالَه، ويقومُ عليه، ويستوفِي حَقَّه).

لأن القاضيَ نُصِبَ ناظراً لكل عاجزٍ عن النظر لنفسه، والمفقودُ بهذه الصفة، وصار كالصبيِّ والمجنون، وفي نَصْبِ الحافظِ لمالِه، والقائمِ عليه: نَظَرٌ له.

وقولُه: يستوفِي حَقَّه: لا خفاءَ فيه أنه يَقبِضُ غَلاَّتِه والدَّيْنَ[2] الذي أَقَرَّ به غريمٌ من غرمائه؛ لأنه من باب الحفظ.

ويُخاصِمُ في دَيْنٍ وَجَبَ بعقده؛ لأنه أصيلٌ في حقوقه.

ولا يخاصِمُ في الذي تولاَّه المفقودُ، ولا في نصيبٍ له في عقارٍ، أو عُروضٍ في يد رجلٍ؛ لأنه ليس بمالكٍ، ولا نائبٍ عنه، إنما هو وكيلٌ بالقبض من جهة القاضي.

---

(١) وفي نُسخ: ولا.

(٢) أي ويقبض الدينَ.

ويُنفِقُ علىٰ زوجتِه، وأولادِه من مالِه.

وإنه لا يَملِكُ الخصومةَ، بلا خلافٍ، إنما الخلافُ في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدَّيْن.

وإذا كان كذلك: يَتضمَّنُ الحكمَ به قضاءً علىٰ الغائب.

وإنه لا يجوزُ إلا إذا رآه القاضي، وقضىٰ به؛ لأنه مجتهَدٌ فيه.

ثم ما كان يُخافُ عليه الفسادُ: يَبيعُه القاضي؛ لأنه تعذَّرَ عليه حفظُ صورتِه ومعناه، فيَنظرُ له بحفظِ المعنىٰ.

ولا يبيعُ ما لا يُخافُ عليه الفسادُ في نفقةٍ، ولا في غيرِها؛ لأنه لا ولايةَ له علىٰ الغائب إلا في حفظ مالِه، فلا يسوغُ له تَرْكُ حفظِ الصورة، وهو ممكنٌ.

قال: (ويُنفِقُ علىٰ زوجتِه، وأولادِه من مالِه).

وليس هذا الحكمُ مقصوراً علىٰ الأولاد، بل يَعُمُّ جميعَ قرابةِ الوِلاد[1].

والأصلُ: أنَّ كلَّ مَن يَستَحِقُّ النفقةَ في مالِه حالَ حضرته بغير قضاءِ القاضي: يُنفَقُ عليه من مالِه عند غَيْبته؛ لأن القضاءَ حينئذٍ يكون إعانةً.

وكلَّ مَن لا يَستحقُّ النفقةَ في حضرته إلا بالقضاء: لا يُنفَقُ عليه من مالِه في غَيْبته؛ لأن النفقةَ حينئذٍ تجب بالقضاء، والقضاءُ علىٰ الغائب ممتنعٌ.

---

(١) أي الأب والجد وإن علا، والأولاد وإن سفلوا، والجدات وإن علون.

. . . .

فمن الأول: الأولادُ الصغارُ، والإناثُ من الكبار، والزَّمْنىٰ من الذكور الكبار.

ومن الثاني: الأخُ والأختُ، والخالُ والخالةُ.

وقولُه: من ماله: مرادُه: الدراهمُ والدنانيرُ؛ لأن حَقَّهم في المطعوم والملبوس، فإذا لم يكن ذلك في ماله: يُحتاجُ إلىٰ القضاء بالقيمة، وهي النَّقدان.

والتِّبْرُ: بمنزلتهما في هذا الحُكْم؛ لأنه يَصلُحُ قيمةً، كالمضروب.

وهذا إذا كانت في يد القاضي، فإن كانت وديعةً أو دَيْناً: يُنفِقُ[1] عليهم منهما إذا كان المودَعُ والمديونُ مُقِرَّيْن بالدَّيْن والوديعة، والنكاحِ والنسبِ.

وهذا إذا لم يكونا ظاهرَيْن[2] عند القاضي، فإن كانا ظاهرَيْن: فلا حاجةَ إلىٰ الإقرار.

وإن كان أحدُهما ظاهراً: الوديعةُ[3] والدَّيْنُ، أو النكاحُ والنسبُ: يُشترطُ الإقرارُ بما ليس بظاهرٍ، هذا هو الصحيح.

---

(١) أي القاضي، وضُبطت في نُسخ بالمبني للمجهول: يُنفَق.

(٢) جَعَلَ الدينَ والوديعةَ شيئاً واحداً، والنكاحَ والنسبَ كذلك.

(٣) وفي نسخة الطلاق زيادةٌ: باعتبار الوديعة. الخ، وجاء نصُّ الهداية في فتح القدير ٥/٣٧٠: ولو كان الظاهرُ عنده أحدَهما: الوديعة ...الخ. قال في البناية ٩/٥٠٣: أي إن كان الظاهر عند القاضي الوديعة والدين أو النكاح والنسب: يشترط الإقرار بما ليس بظاهر.

ولا يُفَرِّقُ بينَه وبينَ امرأتِه.

فإن دَفَعَ المودَعُ بنفسه، أو مَن عليه الدينُ بغير أمر القاضي: يضمنُ المودَعُ، ولا يَبرأُ المديونُ؛ لأنه ما أدَّىٰ إلىٰ صاحبِ الحَقِّ، ولا إلىٰ نائبِه.

بخلاف ما إذا دَفَعَ بأمر القاضي؛ لأن القاضيَ نائبٌ عنه.

وإن كان المودَعُ والمديونُ جاحدَيْن أصلاً، أو كانا جاحدَيْن الزوجيةَ والنسبَ: لم يَنتصِبْ أحدٌ من مستَحِقِّي النفقةِ خصماً في ذلك؛ لأن ما يدَّعيه للغائب: لم يتعيَّنْ سبباً لثبوت حَقِّه، وهو النفقةُ؛ لأنها كما تجب في هذا المال: تجبُ في مالٍ آخَرَ للمفقود.

قال: (ولا يُفَرِّقُ بينَه وبينَ امرأتِه).

وقال مالكٌ[1] رحمه الله: إذا مضىٰ أربعُ سنينَ: يُفرِّقُ القاضي بينه وبين امرأته، وتَعتدُّ عِدَّةَ الوفاة، ثم تتزوجُ مَن شاءت.

لأن عمرَ رضي الله عنه هكذا قضىٰ في الذي استهواه الجِنُّ بالمدينة[2]، وكفىٰ به إماماً.

ولأنه مَنَعَ حقَّها بالغَيْبة، فيُفرِّقُ القاضي بينهما بعد مُضِيٍّ مدةٍ؛ اعتباراً بالإيلاء والعُنَّةِ، وبعد هذا الاعتبار أَخَذَ[3] المقدارَ منهما: الأربعَ من الإيلاء، والسنينَ من العُنَّة؛ عملاً بالشبَهَيْن.

---

(١) ينظر شرح خليل للخرشي ٤/١٤٩.

(٢) مصنف عبد الرزاق (١٢٣٢٠)، سنن سعيد بن منصور (١٧٥٤)، الدراية ٢/١٤٢.

(٣) أي الإمام مالك رحمه الله.

. . . .

ولنا: قولُه صلىٰ الله عليه وسلم في امرأةِ المفقود: «إنها امرأتُه حتىٰ يأتيَها البيان»[١].

وقولُ عليٍّ رضي الله عنه فيها: هي امرأةٌ ابتُليتْ، فلتَصبِرْ حتىٰ يستَبِيْن موتٌ، أو طلاقٌ[٢].

خَرَجَ بياناً للبيان المذكور في المرفوع.

ولأن النكاحَ عُرِفَ ثبوتُه، والغَيْبةُ لا توجِبُ الفُرقةَ، والموتُ في حيِّز الاحتمال، فلا يُزالُ النكاحُ بالشك.

وعمرُ رضي الله عنه رَجَعَ إلىٰ قولِ عليٍّ رضي الله عنه[٣].

ولا معتبرَ بالإيلاء: لأنه كان طلاقاً مُعَجَّلاً في الجاهلية، فاعتُبر في الشرع مؤجَّلاً، فكان موجِباً للفُرقة.

ولا بالعُنَّةِ: لأن الغيبةَ تُعقِبُ العودةَ[٤]، والعُنَّةَ قلَّما تنحَلُّ به بعد استمرارها سَنَةً.

---

(١) سنن الدارقطني (٣٨٤٩)، قال: وهو حديث منكر، الدراية ١٤٢/٢.

(٢) مصنف عبد الرزاق (١٢٣٣٠).

(٣) قال في الدراية ١٤٣/٢: أما رجوع عمر رضي الله عنه: لم أره.

وقد تعقب العلامة قاسم في التعريف والإخبار ٤٣٩/٣ مخرِّجي أحاديث الهداية بأنه ليس المراد: رجوع عمر إلىٰ قول علي في عدم تحديد مدة التربص، وإنما المراد: أن عمر رجع إلىٰ قول علي في التزوج في العدة.

(٤) وفي نُسخ: الأَوْبَة.

فإذا تَمَّ له مائةٌ وعشرون سَنَةً من يومِ وُلِدَ : حَكَمْنا بموتِه .
و اعتدَّت امرأتُه، وقُسِمُ مالُه بين ورثتِه الموجودِيْن في ذلك الوقت .
ومَن مات قبلَ ذلك : لم يَرِثُ منه .
ولا يَرِثُ المفقودُ من أحدٍ ماتَ في حال فَقْده .

قال: (فإذا تَمَّ له مائةٌ وعشرون سَنَةً من يومِ وُلِدَ: حكَمْنا بموتِه).

قال رضي الله عنه: وهذه روايةُ الحسنِ عن أبي حنيفة رحمهما الله.

وفي ظاهر المذهب: يُقدَّر بموت الأقران.

وفي المَرْوِيِّ عن أبي يوسف رحمه الله: بمائةِ سَنَةٍ.

وقدَّره بعضُهم بتسعين.

والأقيسُ: أن لا يُقدَّر بشيءٍ، والأرفقُ: أن يُقدَّر بتسعين سَنَةً.

قال: (و) إذا حُكِمَ بموته: (اعتدَّت امرأتُه) عِدَّةَ الوفاةِ من ذلك الوقت[1].

(وقُسِمُ مالُه بين ورثتِه الموجودِيْن في ذلك الوقت)، كأنه مات في ذلك الوقتِ معاينةً، إذِ الحُكْميُّ معتبرٌ بالحقيقي.

قال: (ومَن مات قبلَ ذلك: لم يَرِثُ منه[2])؛ لأنه لم يُحْكَم بموتِه فيها، فصار كما إذا كانت حياتُه معلومةً.

قال: (ولا يَرِثُ المفقودُ من أحدٍ ماتَ في حال فَقْده).

---

(١) أي من وقت الحكم بالموت.

(٢) أي من المفقود.

. . . .

لأن بقاءَه حياً في ذلك الوقت: باستصحاب الحال، وهو لا يَصلُحُ حجةً في الاستحقاق.

وكذلك لو أُوصِيَ للمفقودِ، ومات الموصي.

ثم الأصلُ: أنه لو كان مع المفقودِ وارثٌ لا يُحجَبُ به، ولكنه يَنْتَقِصُ حقُّه به[1]: فيُعطَىٰ أقلَّ النصيبَيْن، ويوقَفُ الباقي.

وإن كان معه[2] وارثٌ يُحْجَبُ به: لا يُعطىٰ أصلاً.

بيانُه: رجلٌ مات عن ابنتَيْن، وابنٍ مفقودٍ، وابنِ ابنٍ، وبنتِ ابنٍ، والمالُ في يدِ الأجنبي، وتصادقوا علىٰ فَقْدِ الابنِ، وطَلَبَتِ الابنتان الميراثَ: فتُعطيان النصفَ؛ لأنه متيقَّنٌ به، ويوقَفُ النصفُ الآخَر.

ولا يُعطىٰ ولدُ الابنِ؛ لأنهم يُحجَبون بالمفقود لو كان حياً، فلا يستحقُّون الميراثَ بالشك.

ولا يُنزَعُ[3] من يدِ الأجنبيِّ، إلا إذا ظَهَرَتْ منه خيانةٌ.

ونظيرُ هذا: الحَمْلُ، فإنه يوقَفُ له ميراثُ ابنٍ واحدٍ، علىٰ ما عليه الفتوىٰ.

---

(١) أي بالمفقود.

(٢) أي مع المفقود.

(٣) أي النصف الموقوف.

. . . .

ولو كان معه وارثٌ آخَرُ: إن كان لا يسقطُ بحالٍ، ولا يَتغيَّرُ بالحَمْل: فيُعطَىٰ كلٌّ نصيبه، وإن كان ممن يسقط بالحمل: لا يُعطىٰ.

وإن كان ممن يتغيَّر به: يُعطىٰ الأقلَّ؛ للتيقُّن به، كما في المفقود، وقد شَرَحْناه في «كفاية المنتهي» بأتمَّ من هذا، والله تعالىٰ أعلمُ بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

* * * * *

كتاب الشركة

الشركةُ : ضَرْبان : شركةُ أملاكٍ، وشركةُ عقود.

فشركةُ الأملاك : العينُ يَرِثُها رجلان، أو يشتريانها : فلا يجوز لأحدهما أن يتصرَّفَ في نصيبِ الآخَرِ إلا بإذنه، وكلٌّ واحدٍ منهما في نصيبِ. . . . . .

كتاب الشركة

الشركةُ جائزةٌ؛ لأن النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم بُعِثَ والناسُ يتعاملون بها، فقرَّرَهم عليها[1].

قال: (الشركةُ: ضَرْبان: شركةُ أملاكٍ، وشركةُ عقود.

فشركةُ الأملاك: العينُ يَرِثُها رجلان، أو يشتريانها: فلا يجوز لأحدهما أن يتصرَّفَ في نصيبِ الآخَرِ إلا بإذنه[2]، وكلٌّ واحدٍ منهما في نصيبِ

---

(١) فعن السائب بن أبي السائب رضي الله عنه أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم شاركه قبل الإسلام في التجارة، فلما كان يوم الفتح جاءه، فقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «مرحباً بأخي وشريكي، كان لا يُداري، ولا يُماري». مسند أحمد (١٥٥٠٥)، سنن أبي داود (٤٨٠٣)، وسكت عنه، سنن ابن ماجه (٢٢٨٣)، قال المنذري في اختصار سنن أبي داود ١٨٨/٧ : «قد اختلف في إسناده اختلافاً كثيراً». اهـ، وينظر نصب الراية ٤٧٤/٣، التلخيص الحبير ٤٩/٣.

ومعنىٰ: «لا يُداري، ولا يُماري»: أي سهلٌ في المعاملة، لا يخالِفُ، ولا يمانعُ، ولا يجادِلُ، ولا يخاصِمُ.

(٢) وفي نُسخ: بأمره.

صاحبه: كالأجنبي.

والضربُ الثاني: شركةُ العقود، وركنُها: الإيجابُ والقبولُ.

وهي علىٰ أربعةِ أوجُهٍ: مُفاوَضةٌ، وعِنَانٌ، وشركةُ الصنائع، وشركةُ الوُجُوه.

صاحبه[1]: كالأجنبي).

وهذه الشركةُ تتحقَّقُ في غير المذكورِ في «الكتاب[2]»، كما إذا اتَّهب[3] رجلان عيناً، أو مَلَكَاها بالاستيلاء، أو اختلط مالُهما[4] من غير صُنْعِ أحدِهما، أو بخَلْطِهما خَلْطاً يمنعُ التمييزَ رأساً، أو إلا بحَرَجٍ.

ويجوز بيعُ أحدِهما نصيبَه من شريكه في جميع الصُّوَر، ومن غير شريكه بغير إذنه، إلا في صورةِ الخَلْطِ والاختلاط: فإنه لا يجوزُ إلا بإذنه، وقد بيَّنَّا الفرقَ في «كفاية المنتهي».

قال: (والضربُ الثاني: شركةُ العقود، وركنُها: الإيجابُ والقبولُ)، وهو أن يقولَ أحدُهما: شاركتُك في كذا وكذا، ويقولَ الآخَرُ: قَبِلْتُ.

وشَرْطُه: أن يكونَ التصرُّفُ المعقودُ عليه عَقْدَ الشركة قابلاً للوكالة؛ ليكون ما يُستفادُ بالتصرف مشتركاً بينهما، فيتحقَّقُ حُكْمُه المطلوبُ منه.

ثمَّ قال: (وهي علىٰ أربعةِ أوجُهٍ: مُفاوَضةٌ، وعِنَانٌ، وشركةُ الصنائع، وشركةُ الوُجُوه.

---

(١) وفي نُسخ: الآخر.

(٢) أي مختصر القدوري. البناية ٩/٥١٧.

(٣) الاتهاب: قبول الهبة.

(٤) وفي نُسخ: مالاهما.

فأما شركةُ المفاوضة : فهيَ أن يشترِكَ الرجلان، فيتساويان في مالِهما، وتصرُّفِهما، ودِينِهما.

[١ـ شركة المفاوضة :]

فأما شركةُ المفاوضة: فهيَ أن يشترِكَ الرجلان، فيتساويان في مالِهما، وتصرُّفِهما، ودِينِهما)؛ لأنها شركةٌ عامةٌ في جميع التجارات، يُفوِّضُ كلُّ واحدٍ منهما أمرَ الشركة إلىٰ صاحبِه، علىٰ الإطلاق، إذ هي من المساواة.

قال قائلهم[١]:

لا يَصلُحُ الناسُ فوضىٰ لا سَرَاةَ لهم ولا سَرَاةَ إذا جُهَّالُهم سادُوا

أي متساوِيْن، فلا بُدَّ من تحقيق المساواة ابتداءً وانتهاءً، وذلك في المال، والمرادُ به: ما تَصِحُّ الشركةُ فيه.

ولا يُعتبرُ التفاضلُ فيما لا تَصِحُّ الشركةُ فيه.

وكذا في التصرُّفِ[٢]؛ لأنه لو مَلَكَ أحدُهما تصرُّفاً لا يَملِكُه الآخَرُ: لفاتَ التساوي.

---

(١) وهو الأَفْوَه الأَوْدِي، اسمه ملاءة بن عمرو، شاعر يماني جاهلي، من بني أَوْد، قالوا: لُقِّب بالأَفْوه، لأنه كان غليظَ الشفتَيْن، ظاهرَ الأسنان، كان سيدَ قومه، وقائدَهم في حروبهم، ومن أشهر شعره أبياتُه التي منها: لا يصلُحُ الناس.... ، توفي نحو سنة ٥٠ قبل الميلاد، كما في الشعر والشعراء، لابن قتيبة ٢٢٣/١، الأعلام ٢٠٦/٣، والبيت مذكورٌ في الشعر والشعراء.

(٢) عطفٌ علىٰ قوله: وذلك في المال، أي يشترط التساوي في المال والتصرف.

. . . .

وكذا في الدِّيْنِ[١]؛ لِمَا نُبيِّنُ إن شاء الله تعالىٰ.

وهذه الشركةُ جائزةٌ عندنا؛ استحساناً، وفي القياس: لا تجوز، وهو قولُ الشافعي[٢] رحمه الله.

وقال مالكٌ[٣] رحمه الله: لا أعرِفُ ما المفاوضة؟

وجهُ القياس: أنها تضمَّنتِ الوكالةَ بمجهولِ الجنسِ، والكفالةَ بمجهولٍ، وكلٌّ ذلك بانفراده فاسدٌ.

وجهُ الاستحسان: قولُه صلىٰ الله عليه وسلم: «فاوِضُوا، فإنه أعظمُ للبركة»[٤].

وكذا الناسُ تعامَلُوا بها[٥] من غير نكِيرٍ، وبه يُترَكُ القياسُ، والجهالةُ متَحَمَّلَةٌ تَبَعاً، كما في المضاربة.

ولا تنعقِدُ إلا بلفظة: المفاوضة؛ لبُعْدِ شرائطِها عن عِلْمِ العَوامِّ، حتىٰ لو بيَّنَا[٦] جميعَ ما تقتضيه: تجوزُ؛ لأن المعتبرَ هو المعنىٰ.

---

(١) أيضاً عطفٌ علىٰ قوله: وذلك في المال، أي يُشترط التساوي في الدِّين.

(٢) أسنىٰ المطالب ٢/٢٥٥.

(٣) المدونة ٤/٢٥٢، وعند المالكية تفصيل في المفاوضة. التلقين ص١٢٥.

(٤) قال في الدراية ٢/١٤٤: لم أجده، وروىٰ ابن ماجه (٢٢٨٩) مرفوعاً: «ثلاث فيهن البركة: البيع إلىٰ أجل، والمفاوضة، وخلط البُر بالشعير للبيت، لا للبيع».

(٥) وفي نُسخ: تعامَلوها.

(٦) بالتثنية.

فتجوزُ بين الحرَّين، الكبيرَيْن، العاقلَيْن، مسلمَيْن أو ذميين.

ولا تجوز بين الحُرِّ والمملوك، ولا بين الصبيِّ والبالغ، ولا بين المسلمِ والكافر.

قال: (فتجوزُ بين الحرَّين، الكبيرَيْن، العاقلَيْن، مسلمَيْن أو ذميين)؛ لتحقُّق التساوي.

وإن كان أحدُهما كتابياً والآخَرُ مجوسياً: تجوزُ أيضاً؛ لِمَا قلنا.

قال: (ولا تجوز بين الحُرِّ والمملوك، ولا بين الصبيِّ والبالغ)؛ لانعدام المساواة، لأن الحرَّ البالغَ العاقلَ يملِكُ التصرُّفَ والكفالةَ، والمملوكَ لا يملِكُ واحداً منهما إلا بإذن المولىٰ، والصبيَّ لا يملِكُ الكفالةَ، ولا يملكُ التصرفَ إلا بإذن الولي.

قال: (ولا بين المسلمِ والكافر)، وهذا قولُ أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يجوز؛ للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة.

ولا معتبرَ بزيادةِ تصرُّفٍ يَملِكُه أحدُهما، كالمفاوضة بين الشافعيِّ[1] والحنفي: فإنها جائزةٌ، ويتفاوتان في التصرُّف في متروكِ التسمية[2].

---

(١) وفي نُسخ: الشفعوي، نسبةً للإمام الشافعي رحمه الله، وهذه النسبة لا تصح، والصواب أن يقال: الشافعي المذهب. البناية ٥٢٤/٩، وذكر العيني أن نسخة شيخه العلاء ابن التركماني من الهداية جاءت علىٰ الصحة، هكذا: بين الشافعي والحنفي.

(٢) أي عمداً، هذا بناءً علىٰ ما اعتمده ورجَّحه المصنِّف من القول بحرمة متروك التسمية عمداً، وهو ما قرَّره في كتاب الذبائح، ولم يَذكر غيرَه، كما سيأتي،
=

وتنعقدُ علىٰ الوكالة، والكفالة.

وما يشتريه كلٌّ واحدٍ منهما: يكونُ علىٰ الشركة.

إلا أنه يُكره[1]؛ لأن الذميَّ لا يهتدي إلىٰ الجائز من العقود.

ولهما: أنه لا تساويَ في التصرُّفِ، فإن الذميَّ لو اشترىٰ برأس المال خموراً أو خنازيرَ: صحَّ، ولو اشتراها مسلمٌ: لا يصح.

ولا يجوز بين العبدَيْن، ولا بين الصبيَّيْن، ولا بين المكاتَبَيْن؛ لانعدام صحة الكفالة.

وفي كلِّ موضعٍ لم تصِحَّ المفاوضةُ لفَقْدِ شَرْطِها، ولا يشترَطُ ذلك في العِنان: كان عِناناً؛ لاستجماع شرائطِ العِنان، إذ هو قد يكون خاصَّاً، وقد يكون عامَّاً.

قال: (وتنعقدُ علىٰ الوكالة، والكفالة).

أما الوكالةُ: فلِتَحَقُّق المقصود، وهو الشركةُ في المال، علىٰ ما بيَّنَّاه.

وأما الكفالةُ: فلِتَحَقُّقِ المساواةِ فيما هو من مواجب التجارات، وهو توجُّه المطالبةِ نحوهما جميعاً.

قال: (وما يشتريه كلٌّ واحدٍ منهما: يكونُ علىٰ الشركة.

ولكني علَّقت هناك نقلاً عن كُتُب المذهب أن أبا حنيفة ومحمداً رحمهما الله يريان الحِلَّ، وهو قول الشافعي رحمه الله، وعليه فلا إشكال أصلاً في الشركة بين الحنفي والشافعي في ذلك، والله أعلم.

(١) أي مشاركة المسلم للذمي. حاشية سعدي علىٰ الهداية.

إلا طعامَ أهلِه، وكسوتَهم.

وما يلزمُ كلَّ واحدٍ منهما من الديون بدلاً عما يصحُّ فيه الاشتراكُ: فالآخَرُ ضامِنٌ له.

إلا طعامَ أهلِه، وكسوتَهم)، وكذا كسوتُه.

وكذا الإدامُ؛ لأن مقتضىٰ العقدِ المساواةُ، وكلُّ واحدٍ منهما قائمٌ مَقامَ صاحبِه في التصرف، فكان شراءُ أحدِهما: كشرائهما، إلا ما استثناه في «الكتاب»، وهو استحسانٌ؛ لأنه مستثنىً عن المفاوضة للضرورة، فإن الحاجة الراتبةَ معلومةُ الوقوع، ولا يُمكنُ إيجابُه علىٰ صاحبِه، ولا الصرفُ من ماله، ولا بدَّ من الشراء، فيختصُّ به ضرورةً.

والقياسُ: أن يكونَ علىٰ الشركة؛ لِمَا بيَّنَّا.

وللبائع أن يأخذَ بالثمن أيَّهما شاء: المشتري: بالأصالة، وصاحبَه: بالكفالة.

ويرجعُ الكفيلُ علىٰ المشتري بحصته مما أدىٰ؛ لأنه قضىٰ دَيْناً عليه من مالٍ مشتركٍ بينهما.

قال: (وما يلزمُ كلَّ واحدٍ منهما من الديون بدلاً عما يصحُّ فيه الاشتراكُ: فالآخَرُ ضامِنٌ له)؛ تحقيقاً للمساواة.

فمما يصحُّ الاشتراكُ فيه: الشراءُ، والبيعُ، والاستئجارُ.

ومن القسم الآخَر: الجنايةُ، والنكاحُ، والخلعُ، والصلحُ عن دم العمد، وعن النفقة.

ولو كَفَلَ أحدُهما بمالٍ عن أجنبيٍّ : لزم صاحبَه عند أبي حنيفة رحمه الله .

وقالا : لا يلزمُه .

قال: (ولو كَفَلَ أحدُهما بمالٍ عن أجنبيٍّ: لزم صاحبَه عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: لا يلزمُه)؛ لأنه تبرُّعٌ، ولهذا لا يصحُّ من الصبيِّ، والعبدِ المأذونِ، والمكاتبِ.

ولو صَدَرَ من المريض: يصحُّ من الثلث، وصار كالإقراض، والكفالةِ بالنفس.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنه تبرُّعٌ ابتداءً، ومعاوضةٌ بقاءً؛ لأنه يستوجِبُ الضمانَ بما يؤدي علىٰ المكفول عنه إذا كانت الكفالةُ بأمره، فبالنظر إلىٰ البقاء: تتضمنه المفاوضةُ، وبالنظر إلىٰ الابتداء: لم تصح ممن ذَكَرَه.

وتصحُّ من الثلث من المريض، بخلاف الكفالةِ بالنفس؛ لأنها[1] تبرُّعٌ ابتداءً وانتهاءً.

وأما الإقراض: فعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يَلزَمُ صاحبَه، ولو سُلِّم: فهو إعارةٌ، فيكونُ لمثلها حُكْمُ عينِها، لا حُكْمُ البدل، حتىٰ لا يصحُّ فيه الأجلُ، فلا يتحقَّقُ معاوضَةً.

ولو كانتِ الكفالةُ بغير أمره: لم تلزمْ صاحبَه، في الصحيح؛ لانعدام معنىٰ المعاوضة.

---

(١) أي الكفالة.

وإن وَرِثَ أحدُهما مالاً تصحُّ فيه الشركةُ، أو وُهِبَ له، ووَصَلَ إلىٰ يده : بطلتِ المفاوضةُ، وصارت الشركةُ عِناناً.

وإن وَرِثَ أحدُهما عَرْضاً : فهو له، ولا تفسُدُ المفاوضةُ.

ومطلَقُ الجواب في «الكتاب[1]»: محمولٌ علىٰ المقيَّد.

وضمانُ الغصبِ والاستهلاك: بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه معاوضةٌ انتهاءً.

قال: (وإن وَرِثَ أحدُهما مالاً تصحُّ فيه الشركةُ، أو وُهِبَ له، ووَصَلَ إلىٰ يده: بطلتِ المفاوضةُ، وصارت الشركةُ عِناناً)؛ لفوات المساواةِ فيما يصلحُ رأسَ المال، إذ هي شَرْطٌ فيه ابتداءً وبقاءً.

وهذا لأن الآخَرَ لا يُشاركُه فيما أصابه؛ لانعدام السببِ في حَقِّه، إلا أنها تنقلبُ عِناناً للإمكان، فإن المساواةَ ليست بشرطٍ فيه.

ولدوامِه: حُكمُ الابتداء؛ لكونه غيرَ لازمٍ.

قال: (وإن وَرِثَ أحدُهما عَرْضاً: فهو له، ولا تفسُدُ المفاوضةُ).

وكذا العقارُ؛ لأنه لا تصحُّ فيه الشركةُ، فلا تُشتَرَطُ المساواةُ فيه، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي الجامع الصغير. البناية ٩/٥٣١.

فصلٌ

ولا تنعقِدُ الشركةُ إلا بالدراهم والدنانيرِ، والفلوسِ النَّافِقَة.

فصلٌ

فيما يَصلُحُ من الأموال لرأس مالِ الشركة

قال: (ولا تنعقِدُ الشركةُ إلا بالدراهم والدنانيرِ، والفلوسِ النَّافِقَة)

وقال مالكٌ[1] رحمه الله: تجوزُ بالعُرُوض والمَكِيل والمَوْزون أيضاً إذا كان الجنسُ واحداً؛ لأنها عُقِدَتْ علىٰ رأسِ مالٍ معلومٍ، فأشبه النقودَ.

بخلاف المضاربة؛ لأن القياسَ يأباها؛ لِمَا فيها من رِبْحِ ما لم يُضمَن، فيُقتصَرُ علىٰ مَوْرِدِ الشرع.

ولنا: أنه[2] يُؤدِّي إلىٰ رِبْحِ ما لم يُضمَن؛ لأنه إذا باع كلٌّ واحدٍ منهما رأسَ مالِه، وتفاضَلَ الثمنان: فما يَستحِقُّه أحدُهما من الزيادة في مال صاحبه: رِبْحُ ما لم يَملِك[3]، وما لم يَضمَن.

بخلاف الدراهم والدنانيرِ: لأن ثمنَ ما يشتريه: في ذمته، إذْ هي[4] لا

---

(١) الكافي لابن عبد البر ٢/ ٧٨٠.

(٢) أي عقد الشركة بالعروض.

(٣) وفي نُسخ: يُملَك، وما لم يُضمَن. بالمبني للمجهول.

(٤) أي الدراهم والدنانير.

. . . .

تتعيَّنُ، فكان[١] رِبْحَ ما يَضمَن.

ولأن أولَ التصرُّفِ في العروض: البيعُ، وفي النقود: الشراءُ.

وبيعُ أحدِهما مالَه علىٰ أن يكون الآخَرُ شريكاً له في ثمنه: لا يجوز، وشراءُ أحدِهما شيئاً بمالِه علىٰ أن يكون المَبيعُ بينه وبين غيره: جائزٌ.

وأما الفلوسُ النافقةُ: فلأنها تَرُوجُ رَوَاجَ الأثمان، فالتحقت بها.

قالوا[٢]: هذا قولُ محمدٍ رحمه الله؛ لأنها مُلحَقةٌ بالنقود عنده، حتىٰ لا تتعيَّنُ بالتعيين.

ولا يجوزُ بيعُ اثنين بواحدٍ بأعيانهما، علىٰ ما عُرِف.

أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: لا تجوزُ الشركةُ والمضاربةُ بها[٣]؛ لأن ثمنيَّتَها تتبدَّل ساعةً فساعةً، وتصيرُ سلعةً.

ويُروىٰ عن أبي يوسف رحمه الله مِثلُ قولِ محمدٍ رحمه الله.

والأولُ[٤]: أقيسُ، وأظهرُ.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: صحةُ المضاربةِ بها.

---

(١) أي كان ربحُ المضاربة: ربحَ ما يضمن.

(٢) أي قال المتأخرون رحمهم الله. البناية ٩/٥٣٧.

(٣) أي بالفلوس.

(٤) أي كون أبي يوسف مع أبي حنيفة رحمهما الله.

ولا تجوزُ بما سِوَىٰ ذلك، إلا أن يَتعامَلَ الناسُ بالتِّبْر والنُّقْرةِ، فتصحُّ الشركةُ بهما.

وذَكَرَ في «الجامع الصغير»: ولا تكونُ المفاوضةُ بمثاقيلَ ذهبٍ أو فضةٍ.

قال: (ولا تجوزُ بما سِوَىٰ ذلك، إلا أن يَتعامَلَ الناسُ بالتِّبْر[1]والنُّقْرةِ، فتصحُّ الشركةُ بهما).

هكذا ذَكَرَ في «الكتاب[2]»، (وذَكَرَ في «الجامع الصغير[3]»: ولا تكونُ المفاوضةُ بمثاقيلَ ذهبٍ أو فضةٍ)، ومرادُه: التِّبْرُ.

فعلىٰ هذه الروايةِ: التِّبْرُ سلعةٌ تتعيَّنُ بالتعيين، فلا يصلُحُ رأسَ المال في المضاربات والشركات.

وذَكَرَ[4] في «كتاب الصرف[5]»: أن النُّقْرةَ لا تتعيَّن بالتعيين، حتىٰ لا ينفسخُ العقدُ بهلاكه قبل التسليم.

---

(١) أي ما كان من الذهب والفضة غيرَ مصوغٍ، وأما النُّقْرة: فهي القطعة المذابة من الفضة والذهب.

(٢) أي مختصر القدوري.

(٣) ص٢١٢.

(٤) أي الإمام محمد رحمه الله.

(٥) قال في البناية ٥٣٩/٩: أي من الجامع الصغير. اهـ، وكذلك في حاشية اللكنوي علىٰ الهداية (سقاية العطشان) ٤٢٨/١، قلت: وظاهر الهداية يفيد أنه من الأصل للإمام محمد رحمه الله، وسيأتي بعد قليل في كلام المصنف ما يؤكد هذا، وأيضاً فلم أقف علىٰ هذا النص في الجامع الصغير، والله أعلم.

. . . .

فعلىٰ تلك الرواية: تصلُحُ رأسَ المال فيهما، وهذا لِمَا عُرِفَ أنهما خُلِقَا ثمنَيْن في الأصل، إلا أنَّ الأولَ أصحُّ[١]؛ لأنها وإن خُلِقت للتجارة في الأصل، لكنَّ الثمنيةَ تَختصُّ بالضرب المخصوص؛ لأن عند ذلك لا تُصرَف إلىٰ شيءٍ آخرَ ظاهراً، إلا أن يجريَ التعاملُ باستعمالها[٢] ثمناً، فيُنزَّل التعاملُ بمنزلة الضرب، فيكونُ ثمناً، ويَصلحُ رأسَ المال.

ثم قولُه: ولا تجوزُ بما سوىٰ ذلك: يتناولُ المكيلَ، والموزونَ، والعدديَّ المتقارِبَ.

ولا خلافَ فيه بيننا[٣] قبلَ الخَلْط، ولكلٍّ واحدٍ منهما متاعُه[٤]، وعليه وَضِيْعتُه.

وإن خَلَطَا، ثم اشتركا: فكذلك عند أبي يوسف رحمه الله، والشركةُ شركةُ مِلْكٍ، لا شركةُ عقدٍ.

وعند محمدٍ رحمه الله: تصحُّ شركةُ العقد.

---

(١) أي رواية الجامع الصغير.

(٢) وفي نُسخ: باستعمالهما، وكذلك في طبعات الهداية القديمة. قلت: أي علىٰ تقدير الذهب والفضة في النقرة، وبالإفراد: علىٰ تقدير النقرة.

(٣) أي بين أصحابنا الحنفية.

(٤) وفي طبعات الهداية القديمة: رِبْحُ متاعِه. قلت: وفي بعض النسخ الخطية كُتب لفظ: ربح: ثم أُزيل، وشُطِب عليه.

وإذا أرادا الشركةَ بالعُروض: باع كلٌّ واحدٍ منهما نصفَ مالِه بنصف مالِ الآخَر، ثم عقَدَا عَقْدَ الشركة، وهذه شركةُ مِلْكٍ.

وثمرةُ الاختلافِ تظهرُ عند التساوي في المالَيْن، واشتراطِ التفاضلِ في الربح.

فظاهرُ الرواية: ما قاله أبو يوسف رحمه الله؛ لأنه يَتعيَّن بالتعيين بعد الخلط، كما يتعيَّن قبلَه.

ولمحمدٍ رحمه الله: أنها ثمنٌ: من وجهٍ، حتىٰ جاز البيعُ بها دَيْناً في الذمة، ومبيعٌ: من حيث إنه يتعيَّن بالتعيين، فعَمِلْنا بالشبَهَيْن بالإضافة إلىٰ الحالين.

بخلاف العُروض؛ لأنها ليست ثمناً بحال ولو اختلفا جنساً، كالحنطة والشعير، والزيتِ، والسمن، فخُلِطَا: لا تنعقدُ الشركةُ بها؛ بالاتفاق.

والفرقُ لمحمدٍ رحمه الله: أن المخلوطَ من جنسٍ واحدٍ من ذوات الأمثال، ومِن جنسَيْن من ذوات القِيَم، فتتمكَّنُ الجهالةُ، كما في العروض، وإذا لم تصحَّ الشركةُ: فحُكْم الخَلْطِ قد بيَّنَّاه في كتاب القضاء.

قال: (وإذا أرادا الشركةَ بالعُروض: باع كلٌّ واحدٍ منهما نصفَ مالِه بنصف مالِ الآخَر، ثم عقَدَا عَقْدَ الشركة).

قال رضي الله عنه: (وهذه شركةُ مِلْكٍ)؛ لِمَا بيَّنَّا أن العروضَ لا تصلُحُ رأسَ مالِ الشركة، وتأويلُه[1]: إذا كانت قيمةُ متاعِهما علىٰ السواء.

ولو كان بينهما تفاوتٌ: يبيعُ صاحبُ الأقلِّ بقَدْر ما تثبتُ به الشركة.

---

(١) أي تأويل ما قاله القدوري في مختصره رحمه الله.

وأما شركةُ العِنَان: فتنعقِدُ علىٰ الوكالة، دونَ الكفالةِ.

ويصحُّ التفاضلُ في المال.

ويصحُّ أن يتساويا في المال، ويتفاضلا في الرِّبح.

[٢ـ شركة العِنَان:]

قال: (وأما شركةُ العِنَان: فتنعقِدُ علىٰ الوكالة، دونَ الكفالةِ)، وهي أن يشتركَ اثنان في نوعٍ[1] بَزٍّ[2] أو طعامٍ، أو يشتركان في عموم التجارات، ولا يذكران الكفالةَ.

وانعقادُه علىٰ الوكالة: لتحقيق[3] مقصودِه، كما بيَّنَّاه.

ولا تنعقدُ علىٰ الكفالة؛ لأن اللفظَ مشتقٌّ من الاعتراض[4]، يُقال: عَنَّ له: أي عَرَضَ، وهذا لا يُنبِئُ عن الكفالة، وحُكْمُ التصرُّفِ لا يَثبتُ بخلاف مقتضىٰ اللفظ.

قال: (ويصحُّ التفاضلُ في المال)؛ للحاجة إليه، وليس من قضيةِ اللفظ: المساواةُ.

قال: (ويصحُّ أن يتساويا في المال، ويتفاضلا في الرِّبح).

---

(١) وضُبطت في نُسخ: نوعٍ. بالتنوين.

(٢) أي الثياب.

(٣) وفي نُسخ: لتحقُّق.

(٤) أراد بالاشتقاق: من جهة المعنىٰ، لا من جهة اللفظ؛ لأن لفظ: العِنان: غير مشتقٍّ. البناية ٩/٥٤٦.

. . . .

وقال زفر والشافعي[١] رحمهما الله: لا يجوزُ؛ لأن التفاضلَ فيه يؤدِّي إلىٰ رِبْحِ ما لم يُضمَنْ، فإن المالَ إذا كان نصفَيْن، والرِّبْحَ أثلاثاً: فصاحبُ الزيادةِ يستَحِقُّها بلا ضمانٍ، إذِ الضمانُ بقَدْر رأسِ المال.

ولأن الشركةَ عندهما في الربح: للشركة في الأصل، ولهذا يَشترطان الخَلْطَ، فصار رِبْحُ المالِ: بمنزلة نَماءِ الأعيان، فيَستَحِقُّ بقَدْر الملكِ في الأصل.

ولنا: قولُه صلىٰ الله عليه وسلم: «الرِّبْحُ علىٰ ما شَرَطَا، والوضيعةُ علىٰ قَدْرِ المالَيْن»[٢]، ولم يَفْصِل.

ولأن الربحَ كما يُستَحَقُّ بالمال: يُستحَقُّ بالعمل، كما في المضاربة؛ وقد يكون أحدُهما أحذَقَ وأهدىٰ، أو أكثرَ عملاً وأقوىٰ، فلا يرضىٰ بالمساواة، فمسَّتِ الحاجةُ إلىٰ التفاضل.

بخلاف اشتراطِ جميعِ الرِّبْحِ لأحدهما: لأنه يَخرُجُ العقدُ به من الشركة، ومن المضاربة أيضاً إلىٰ قَرْضٍ: باشتراطه للعامل، أو إلىٰ بضاعةٍ: باشتراطِه لربِّ المال.

وهذا العقدُ[٣] يُشبِهُ المضاربةَ من حيثُ إنه يَعملُ في مال الشريك،

---

(١) الحاوي ٤٧٦/٦، المهذب ١٥٧/٢.

(٢) قال في الدراية ١٤٤/٢: لم أجده، وكذلك في التعريف والإخبار ٤٢٠/٣.

(٣) أي شركة العنان.

ويجوزُ أن يَعقِدَها كلٌّ واحدٍ منهما ببعض مالِه، دونَ البعض.

ولا يصحُّ إلا بما بيَّنَّا أنَّ المفاوضةَ تصحُّ به.

ويجوزُ أن يشتركا ومِن جهةِ أحدِهما دنانيرُ، ومن جهة الآخَرِ دراهمُ.

وما اشتراه كلٌّ واحدٍ منهما للشركة: طُولِبَ بثمنه، دونَ الآخَر.

ويُشبهُ الشركةَ اسماً وعملاً، فإنهما يعملان، فعَمِلْنا بشَبَه المضاربة، وقلنا: يصحُّ اشتراطُ الربحِ من غير ضمانٍ، وبشَبَه الشركة، حتىٰ لا تبطلُ باشتراط العمل عليهما.

قال: (ويجوزُ أن يَعقِدَها كلٌّ واحدٍ منهما ببعض مالِه، دونَ البعض)؛ لأن المساواةَ في المال ليست بشَرْطٍ فيه، إذِ اللفظُ لا يقتضيه.

قال: (ولا يصحُّ إلا بما بيَّنَّا أنَّ المفاوضةَ تصحُّ به)؛ للوجه الذي ذكرناه.

قال: (ويجوزُ أن يشتركا ومِن جهةِ أحدِهما دنانيرُ، ومن جهة الآخَرِ دراهمُ).

وكذا من أحدِهما دراهمُ بِيْضٌ، ومن الآخَر سودٌ.

وقال زفر والشافعي[1] رحمهما الله: لا يجوز.

وهذا بناءٌ علىٰ اشتراط الخَلْطِ وعدمِه، فإنه عندَهما شَرْطٌ، ولا يتحقَّقُ ذلك في مختلِفَي الجنس، وسنُبيِّنُه من بعدُ إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (وما اشتراه كلٌّ واحدٍ منهما للشركة: طُولِبَ بثمنه، دونَ الآخَر)؛ لِمَا بيَّنَّا أنه يتضمَّنُ الوكالةَ، دون الكفالةِ، والوكيلُ هو الأصلُ في الحقوق.

---

(١) اللباب في الفقه الشافعي، للمحاملي (ت٤١٥هـ) ١/٢٥٥.

ثم يرجعُ علىٰ شريكه بحِصَّتِه منه.

وإذا هَلَكَ مالُ الشركة، أو أحدُ المالَيْن قبلَ أن يشتريا شيئاً: بَطَلَتِ الشركةُ.

قال: (ثم يرجعُ علىٰ شريكه بحِصَّتِه منه).

معناه: إذا أدَّىٰ من مالِ نفسِه؛ لأنه وكيلٌ من جهتِه في حِصَّتِه، فإذا نَقَدَ من مالِ نفسِه: رَجَعَ عليه.

فإن كان لا يُعرَفُ ذلك إلا بقوله: فعليه الحُجَّةُ؛ لأنه يدَّعي وجوبَ المالِ في ذمةِ الآخَر، وهو يُنكِرُ، والقولُ قولُ المنكِرِ مع يمينه.

قال: (وإذا هَلَكَ مالُ الشركة، أو أحدُ المالَيْن قبلَ أن يشتريا شيئاً: بَطَلَتِ الشركةُ)؛ لأن المعقودَ عليه في عقد الشركة: المالُ، فإنه يتعيَّنُ فيه، كما في الهبة والوصية، وبهلاك المعقودِ عليه: يبطلُ العقدُ، كما في البيع.

بخلاف المضاربة، والوكالةِ المفردة؛ لأنه لا يتعيَّنُ الثمنان فيهما بالتعيين، وإنما يتعيَّنان بالقبض، علىٰ ما عُرِف.

وهذا ظاهرٌ فيما إذا هَلَكَ المالان.

وكذا إذا هَلَكَ أحدُهما؛ لأنه ما رضِيَ بشركة صاحبِه في ماله إلا ليَشْرَكَه في مالِه، فإذا فات ذلك: لم يكنْ راضياً بشركته، فيَبطلُ العقدُ؛ لعدم فائدتِه.

وأيُّهما هَلَكَ: هَلَكَ من مالِ صاحبِه.

أما إذا هَلَكَ في يده: فظاهرٌ.

وكذا إذا كان هَلَكَ في يدِ الآخَر: لأنه أمانةٌ في يده.

وإن اشترىٰ أحدُهما بمالِه، وهَلَكَ مالُ الآخر قبلَ الشراء: فالمشترَىٰ بينهما علىٰ ما شَرَطَا.

ويرجعُ علىٰ شريكِه بحِصته من ثمنِه.

بخلاف ما بعد الخَلْطِ؛ حيث يَهلِكُ علىٰ الشركة؛ لأنه لا يتميَّزُ، فيُجعَلُ الهلاكُ من المالَيْن.

قال: (وإن اشترىٰ أحدُهما بمالِه، وهَلَكَ مالُ الآخَر قبلَ الشراء: فالمشترَىٰ بينهما علىٰ ما شَرَطَا)؛ لأن الملكَ حين وَقَعَ: وَقَعَ مشتركاً بينهما؛ لقيام الشركةِ وقتَ الشراء، فلا يتغيَّرُ الحكمُ بهلاك مالِ الآخَر بعد ذلك.

ثم الشركةُ شركةُ عقدٍ عند محمدٍ رحمه الله، خلافاً للحسن بنِ زيادٍ رحمه الله، حتىٰ إن أيَّهما باعه[1]: جاز بيعُه[2]؛ لأن الشركةَ قد تمَّتْ في المشترَىٰ، فلا يَنتقضُ بهلاك المالِ بعد تمامِها.

قال: (ويرجعُ علىٰ شريكِه بحِصته من ثمنِه)؛ لأنه اشترىٰ نصفَه بوكالته، ونَقَدَ الثمنَ من مالِ نفسِه، وقد بيَّنّاه.

هذا إذا اشترىٰ أحدُهما بأحد المالَيْن أوَّلاً، ثم هَلَكَ المالُ[3] الآخَر.

---

(١) أي اشتراه أحدُ الشريكين بماله. حاشية نسخة ٧٩٧هـ.

(٢) أي عند محمد رحمه الله.

(٣) وفي نُسخ: مال الآخر. أي الشريك الآخر. ينظر البناية ٩/٥٥٣.

وتجوزُ الشركةُ وإن لم يَخْلِطَا المالَ.

أما إذا هَلَكَ مالُ أحدِهما، ثم اشترىٰ الآخَرُ بالمال الآخَر: إن صرَّحا بالوكالة في عقد الشركة: فالمشترَىٰ مشترَكٌ بينهما علىٰ ما شَرَطَا؛ لأن الشركةَ إن بطلت: فالوكالةُ المصرَّحُ بها قائمةٌ، فكان مشتركاً بحكم الوكالة، وتكون شركةَ مِلْكٍ، ويرجعُ علىٰ شريكِه بحصته من الثمن؛ لِمَا بيَّنَّاه.

وإن ذَكَرَا مجرَّدَ الشركة، ولم يَنُصَّا علىٰ الوكالة فيها: كان المشترَىٰ للذي اشتراه خاصةً؛ لأن الوقوعَ علىٰ الشركة: حُكمُ الوكالة التي تضمَّنَتْها الشركةُ، فإذا بطلت: يبطلُ ما في ضِمْنها، بخلاف ما إذا صرَّح بالوكالة؛ لأنها مقصودةٌ.

قال: (وتجوزُ الشركةُ وإن لم يَخْلِطَا المالَ).

وقال زفرُ والشافعي[1] رحمهما الله: لا تجوزُ لأن الربحَ فَرْعُ المال، ولا يقعُ الفرعُ علىٰ الشركة إلا بعد الشركةِ في الأصل، وأنه بالخلط.

وهذا لأن المَحَلَّ هو المالُ، ولهذا يُضافُ إليه، ويُشترَط تعيينُ رأسِ المال.

بخلاف المضاربة؛ لأنها ليست بشركةٍ، وإنما هو يَعمَلُ لربِّ المال، فيستَحِقُّ الربحَ عُمَالَةً[2] علىٰ عَمَلِه، أما هنا بخلافه.

---

(١) كفاية الأخيار ١/٥٣١.

(٢) بضم العين: أي أجرة العامل. والكسرُ: لغةٌ. المصباح المنير (عمل).

ولا تجوزُ الشركةُ إذا شُرِطَ لأحدهما دراهمُ مسمَّاةٌ من الربح.

وهذا أصلٌ كبيرٌ لهما، حتىٰ يُعتبرُ اتحادُ الجنس، ويُشترَطُ الخلطُ، ولا يجوز التفاضلُ في الربح، مع التساوي في المال.

ولا تجوزُ شركةُ التقبُّلِ والأعمال؛ لانعدام المال[1].

ولنا: أن الشركةَ في الربح مستندةٌ[2] إلىٰ العقد، دونَ المال؛ لأن العقدَ يسمىٰ شركةً، فلا بدَّ من تحقُّقِ معنىٰ هذا الاسم فيه، فلم يكن الخلطُ شرطاً.

ولأن الدراهمَ والدنانيرَ لا يتعيَّنان، فلا يُستفادُ الربحُ برأس المال، وإنما يُستفادُ بالتصرف؛ لأنه في النصف أصيلٌ، وفي النصف وكيلٌ.

وإذا تحققَّت الشركةُ في التصرف بدون الخلط: تحققَّت في المستفاد به، وهو الربحُ بدونه، وصار كالمضاربة، فلا يُشترطُ اتحادُ الجنسِ والتساوي في الربح، وتصحُّ شركةُ التقبُّل.

قال: (ولا تجوزُ الشركةُ إذا شُرِطَ لأحدهما دراهمُ مسمَّاةٌ من الربح)؛ لأنه شَرْطٌ يوجِبُ انقطاعَ الشركة، فعساه لا يَخرجُ إلا قَدْرُ[3] المسمىٰ لأحدهما.

ونظيرُه في المزارعة.

---

(١) هذا أيضاً علىٰ أصلهما. البناية ٩/٥٥٥.

(٢) وفي نُسخ: مسنَدةٌ.

(٣) وفي نُسخ: قدرَ. بفتح الراء. بحسب التقدير في الإعراب.

ولكلٍّ واحدٍ من المُفَاوِضَيْن وشريكي العِنَان أن يُبْضِعَ المالَ، ويدفعَه مضاربةً، ويَوكِّلَ مَن يَتصرَّفُ فيه.

قال: (ولكلٍّ واحدٍ من المُفَاوِضَيْن وشريكي العِنَان أن يُبْضِعَ المالَ)؛ لأنه معتادٌ في عقد الشركة.

ولأنَّ له أن يستأجرَ علىٰ العملِ، والتحصيلُ بغير عوضٍ: دونَه، فيملكُه.

وكذا له أن يودِعَه؛ لأنه معتادٌ، ولا يجدُ التاجرُ منه بُدّاً.

قال: (ويدفعَه[1] مضاربةً)؛ لأنها دونَ الشركة، فتتضمَّنُها.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه ليس له ذلك؛ لأنه نوعُ شركة.

والأولُ أصحُّ، وهو روايةُ «الأصل»؛ لأن الشركةَ غيرُ مقصودةٍ، وإنما المقصودُ تحصيلُ الربح، كما إذا استأجره بأجرٍ، بل أَوْلىٰ؛ لأنه تحصيلٌ[2] بدون ضمانٍ في ذمته.

بخلاف الشركة، حيث لا يَملِكُها؛ لأن الشيءَ لا يَستَتْبِعُ مثلَه.

قال: (ويَوكِّلَ مَن يَتصرَّفُ فيه)؛ لأن التوكيلَ بالبيع والشراءِ من توابع التجارة، والشركةُ انعقدت للتجارة.

بخلاف الوكيلِ بالشراء، حيث لا يَملِكُ أن يُوكِّلَ غيرَه؛ لأنه عقدٌ خاصٌّ طُلِبَ منه تحصيلُ العين، فلا يَستَتْبِعُ مثلَه.

---

(١) بنصب العين عطفاً علىٰ قوله: أن يُبضعَ.

(٢) وفي نُسخ: يحصل.

ويدُه في المال : يدُ أمانةٍ .

وأما شركةُ الصَّنَائع ، فالخيَّاطَان والصبَّاغَان يشتركان علىٰ أن يتقبَّلا الأعمالَ ، ويكونَ الكسبُ بينهما ، فيجوزُ ذلك .

قال: (ويدُه في المال: يدُ أمانةٍ)؛ لأنه قَبَضَ المالَ بإذن المالك لا علىٰ وجه البدل والوثيقةِ، فصار كالوديعة.

[٣ـ شركة الصنائع :]

قال: (وأما شركةُ الصَّنَائع)، وتُسمىٰ: شركةُ التقبُّل، (فالخيَّاطَان والصبَّاغَان يشتركان علىٰ أن يتقبَّلا الأعمالَ، ويكونَ الكسبُ بينهما، فيجوزُ ذلك)، وهذا عندنا.

وقال زفرُ والشافعيُّ[1] رحمهما الله: لا تجوز؛ لأن هذه شركةٌ لا تفيدُ مقصودَها، وهو التثميرُ؛ لأنه لا بدَّ من رأسِ المال، وهذا لأن الشركةَ في الربح تُبتَنىٰ علىٰ الشركةِ في المال، علىٰ أصلِهما؛ علىٰ ما قرَّرناه.

ولنا: أن المقصودَ منه التحصيلُ، وهو ممكنٌ بالتوكيل، لأنه لَمَّا كان وكيلاً في النصف، أصيلاً في النصف: تحققَّتِ الشركةُ في المال المستفاد، ولا يُشترطُ فيه اتحادُ العمل والمكان.

خلافاً لمالكٍ[2] وزفر رحمهما الله فيهما؛ لأن المعنىٰ المُجَوِّزَ للشركة، وهو ما ذكرناه: لا يتفاوت.

---

(١) كفاية الأخيار ١/ ٥٣٢.

(٢) التلقين ص١٢٥.

وما يَتقبَّلُه كلٌّ واحدٍ منهما من العمل : يلزمُه ويلزمُ شريكَه.

ولو شَرَطَا العملَ نصفَيْن، والمالَ أثلاثاً: جاز.

وفي القياس: لا يجوز؛ لأن الضمانَ بقَدْر العمل، فالزيادةُ عليه رِبْحُ ما لم يَضمن، فلم يَجزِ العقدُ؛ لتأدِيَته إليه، وصار كشركة الوُجُوه.

ولكنَّا نقولُ: ما يأخذُه: لا يأخذُه رِبْحاً؛ لأن الربحَ: عند اتحادِ الجنس، وقد اختلف؛ لأن رأسَ المال: عَمَلٌ، والربحَ: مالٌ، فكان بدلَ العمل، والعملُ يتقوَّمُ بالتقويم، فيتقدَّرُ بقدر ما قُوِّم به، فلا يَحرُمُ.

بخلاف شركة الوجوه؛ لأن جنسَ المالِ متَّفِقٌ، والربحُ يتحقَّقُ في الجنس المتَّفِق.

وربحُ ما لم يُضمَن[1]: لا يجوز إلا في المضاربة.

قال: (وما يَتقبَّلُه كلٌّ واحدٍ منهما من العمل: يلزمُه ويلزمُ شريكَه)، حتىٰ إن كلَّ واحدٍ منهما يُطالَبُ بالعمل، ويطالِبُ بالأجر.

ويَبرأُ الدافعُ بالدفع إليه، وهذا ظاهرٌ في المفاوضة، وفي غيرها: استحسانٌ.

والقياسُ: خلافُ ذلك؛ لأن الشركةَ وَقَعَتْ مطلَقةً، والكفالةُ مقتضىٰ المفاوضة.

---

(١) وتقدير هذا الكلام: لو جاز اشتراط زيادة الربح: كان ربح ما لم يضمن، وربح ما لم يضمن: لا يجوز. البناية ٩/٥٦١.

وأما شركةُ الوُجوهِ: فالرَّجُلان يشتركان، ولا مالَ لهما، علىٰ أن يَشتريا بوجوههما، ويَبيعا، فتصحُّ الشركةُ علىٰ هذا.

وَجْهُ الاستحسان: أن هذه الشركةَ مقتضيةٌ للضمان؛ ألا ترىٰ أنَّ ما يتقبَّلُه كلُّ واحدٍ منهما من العمل مضمونٌ علىٰ الآخَر، ولهذا يَستَحِقُّ[1] الأجرَ بسبب نفاذِ تقبُّلِه عليه، فجرىٰ مجرىٰ المفاوضة في ضمانِ العمل، واقتضاءِ البدل.

[٤ـ شركة الوُجوه:]

قال: (وأما شركةُ الوُجوهِ: فالرَّجُلان يشتركان، ولا مالَ لهما، علىٰ أن يَشتريا بوجوههما، ويَبيعا، فتصحُّ الشركةُ علىٰ هذا).

سُمِّيَتْ به: لأنه لا يشتري بالنَّسِيئة إلا مَن كان له وَجَاهةٌ عند الناس.

وإنما[2] تصحُّ مفاوضةً؛ لأنه يُمكِنُ تحقيقُ الكفالة والوكالةِ في الأبدال[3].

وإذا أُطلقت: تكون عِناناً؛ لأنَّ مطلَقَه: ينصرِفُ إليه.

وهي جائزةٌ عندنا، خلافاً للشافعي[4] رحمه الله.

والوجهُ من الجانبَيْن: ما قدَّمناه[5] في شركة التقبُّل.

---

(١) وفي نُسخ: يستوجب.

(٢) وفي نُسخ: إنها.

(٣) أي الثمن والمثمَن.

(٤) فهي باطلة عنده. مغني المحتاج ٢/٢١٢.

(٥) وفي نُسخ: ما بيَّنَّاه، وفي أخرىٰ: ما ذكرناه.

وكلٌّ واحدٍ منهما وكيلُ الآخَرِ فيما يشتريه.

فإن شَرَطَا أن يكونَ المشترَىٰ بينهما نصفَيْن، والربحُ كذلك: يجوزُ، ولا يجوزُ أن يتفاضلا فيه.

وإن شَرَطَا أن يكونَ المشترَىٰ بينهما أثلاثاً: فالربحُ كذلك.

قال: (وكلٌّ واحدٍ منهما وكيلُ الآخَرِ فيما يشتريه)؛ لأن التصرُّفَ علىٰ الغير لا يجوزُ إلا بوكالةٍ، أو بولايةٍ، ولا ولايةَ، فتتعيَّنُ الوكالةُ.

قال: (فإن شَرَطَا أن يكونَ المشترَىٰ بينهما نصفَيْن، والربحُ كذلك: يجوزُ، ولا يجوزُ أن يتفاضلا فيه[1].

وإن شَرَطَا أن يكونَ المشترَىٰ بينهما أثلاثاً: فالربحُ كذلك).

وهذا لأن الربحَ لا يُستَحَقُّ إلا بالمال، أو بالعمل، أو بالضمان، فرَبُّ المال يستَحِقُّه بالمال، والمضارِبُ: يستَحِقُّه بالعمل، والأستاذُ الذي يُلقِي العملَ علىٰ التلميذ بالنصف: بالضمان.

ولا يُستَحَقُّ بما سواها؛ ألا ترىٰ أنَّ مَن قال لغيره: تصرَّفْ في مالِكَ علىٰ أنَّ ليَ ربحَه: لم يجز؛ لعدم هذه المعاني.

واستحقاقُ الربحِ في شركةِ الوجوه: بالضمان، علىٰ ما بيَّنَّاه.

والضمانُ علىٰ قَدْرِ الملكِ في المشترَىٰ، وكان الربحُ الزائدُ عليه: ربحَ ما لم يُضمَن، فلا يصحُّ اشتراطُه إلا في المضاربة، والوجوهُ ليست في معناها.

---

(١) أي في الربح.

. . . .

بخلاف العِنَان؛ لأنها[١] في معناها[٢]؛ من حيث إن كلَّ واحدٍ منهما يعملُ في مالِ صاحبِه، فيَلحَقُ بها[٣]، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) وفي نُسخ: لأنه.

(٢) أي في معنىٰ المضاربة.

(٣) وضُبطت في نُسخ بالمبني للمجهول: فيُلحَق بها. قلت: والمراد: أي تلحق بالمضاربة. البناية ٩/٥٦٥.

فصلٌ

في الشركة الفاسدة

ولا تجوزُ الشركةُ في الاحتطابِ، والاصطيادِ، وما اصطادَه كلُّ واحدٍ منهما، أو احتَطَبَه : فهو له، دونَ صاحبِه .

فصلٌ

في الشركة الفاسدة

قال: (ولا تجوزُ الشركةُ في الاحتطابِ، والاصطيادِ، وما اصطادَه كلُّ واحدٍ منهما، أو احتَطَبَه: فهو له، دونَ صاحبِه).

وعلىٰ هذا: الاشتراكُ في أَخْذِ كلِّ شيءٍ مباحٍ؛ لأن الشركةَ متضمِّنةٌ معنىٰ الوكالة، والتوكيلُ في أَخْذِ المال المباح: باطلٌ؛ لأن أَمْرَ الموكِّلِ به غيرُ صحيح، والوكيلُ يملِكُه بدون أمرِه، فلا يصلُحُ نائباً عنه.

وإنما يثبتُ الملكُ لهما بالأخذ، وإحرازِ المباحِ.

فإن أخذاه معاً: فهو بينهما نصفان؛ لاستوائهما في سببِ الاستحقاق.

وإن أَخَذَه أحدُهما، ولم يَعملِ الآخَرُ شيئاً: فهو للعامل؛ لوجود السبب منه.

وإن عَمِلَ أحدُهما، وأعانَه الآخَرُ في عملِه، بأن قَلَعَه أحدُهما، وجَمَعَه الآخَرُ، أو قَلَعَه وجَمَعَه أحدُهما، وحَمَلَه الآخَرُ: فللمُعِين أجرُ مِثْله، بالغاً ما بَلَغَ عند محمد رحمه الله.

وإذا اشتركا، ولأحدِهما بَغْلٌ، وللآخَر راويةٌ يستَقِي عليها الماءَ، والكسبُ بينهما : لم تصحَّ الشركةُ، والكسبُ كلُّه للذي استقىٰ الماءَ، وعليه أجرُ مثلِ الراوية إن كان العاملُ صاحبَ البَغْل، وإن كان صاحبَ الراوية : فعليه أجرُ مثلِ البغل.

وكلُّ شركةٍ فاسدةٍ : فالربحُ فيها علىٰ قَدْرِ رأسِ المال، ويَبطلُ شرطُ التفاضل.

وعند أبي يوسف رحمه الله: لا يُجاوَزُ به نصفُ ثمنِ ذلك، وقد عُرِفَ في موضعه.

قال: (وإذا اشتركا، ولأحدِهما بَغْلٌ، وللآخَر راويةٌ يستَقِي عليها الماءَ، والكسبُ بينهما: لم تصحَّ الشركةُ، والكسبُ كلُّه للذي استقىٰ الماءَ، وعليه أجرُ مثلِ الراوية إن كان العاملُ صاحبَ البَغْل، وإن كان صاحبَ الراوية: فعليه أجرُ مثلِ البغل).

أما فسادُ الشركة: فلانعقادها علىٰ إحرازِ المباح، وهو الماءُ.

وأما وجوبُ الأجر: فلأن المباحَ إذا صار ملكاً للمحرِزِ، وهو المستقي، وقد استوفىٰ منافعَ ملكِ الغير، وهو البغلُ أو الراويةُ بعقدٍ فاسدٍ: فيلزمُه أجرُه.

قال: (وكلُّ شركةٍ فاسدةٍ: فالربحُ فيها علىٰ قَدْرِ رأسِ المال، ويَبطلُ شرطُ التفاضل)؛ لأن الربحَ فيه تابعٌ للمال، فيَتقدَّر بقَدْره، كما أن الرَّيْع[1]

---

(١) بفتح الراء، أي النماءُ والزيادة. مختار الصحاح (ريع)، البناية ٩/ ٥٧٠.

وإذا ماتَ أحدُ الشريكَيْن، أو ارتدَّ، ولَحِقَ بدار الحرب: بَطَلَتِ الشركةُ.

تابعٌ للبَذْر في المزراعة، والزيادةُ إنما تُستَحَقُّ بالتسمية، وقد فسدت، فبقيَ الاستحقاقُ علىٰ قَدْر رأسِ المال.

قال: (وإذا مات أحدُ الشريكَيْن، أو ارتدَّ، ولَحِقَ بدار الحرب: بَطَلَتِ الشركةُ)؛ لأنها تتضمَّن الوكالةَ، ولا بدَّ منها لتتحقُّقَ الشركةُ، علىٰ ما مرَّ.

والوكالةُ تبطل بالموت، وكذا بالالتحاق بدار الحرب مرتدًّا إذا قضىٰ القاضي بلَحَاقه؛ لأنه بمنزلة الموت؛ علىٰ ما بيَّنَّاه من قبل.

ولا فَرْقَ بين ما إذا عَلِمَ الشريكُ بموتِ صاحبه، أو لم يعلم؛ لأنه عَزْلٌ حُكميٌّ، وإذا بطلتِ الوكالةُ: بطلتِ الشركةُ.

بخلاف ما إذا فَسَخَ أحدُ الشريكين الشركةَ، ومالُ الشركةِ دراهمُ أو دنانيرُ[1]، حيثُ يتوقَّفُ علىٰ علم الآخَر؛ لأنه عَزْلٌ قَصْدِيٌّ[2]، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) ينظر لهذا القيد، وأن يكون مال الشركة دراهم أو دنانير: فتح القدير ٥/٤١٣.

(٢) لأن فسخ أحد الشريكين عزلٌ يُقصَدُ؛ لأنه نوع حَجْر.

فصلٌ

وليس لأحد الشريكَيْن أن يؤدِّيَ زكاةَ مالِ الآخَرِ إلا بإذنه.

فإن أَذِنَ كلٌّ واحدٍ منهما لصاحبِه أن يُؤدِّيَ زكاتَه: فإن أدَّىٰ كلٌّ واحدٍ منهما: فالثاني ضامِنٌ، عَلِمَ بأداء الأولِ أو لم يَعلم، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

فصلٌ

في مسائلَ تتَّصلُ بالشركة

قال: (وليس لأحد الشريكَيْن أن يؤدِّيَ زكاةَ مالِ الآخَرِ إلا بإذنه)؛ لأنه ليس من جنسِ التجارة.

قال: (فإن أَذِنَ كلٌّ واحدٍ منهما لصاحبِه أن يُؤدِّيَ زكاتَه: فإن أدَّىٰ كلٌّ واحدٍ منهما: فالثاني ضامِنٌ، عَلِمَ بأداء الأولِ أو لم يَعلم، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله).

وقالا: لا يضمنُ إذا لم يَعلَم.

وهذا إذا أدَّيا علىٰ التعاقُب، أما إذا أدَّيا معاً: ضَمِنَ كلٌّ واحدٍ منهما نصيبَ صاحبِه.

وعلىٰ هذا الاختلاف: المأمورُ بأداءِ الزكاةِ إذا تصدَّقَ علىٰ الفقير بعد ما أدَّىٰ الآمرُ بنفسه.

وإذا أَذِنَ أحدُ المتفاوضَيْن لصاحبه أن يشتريَ جاريةً، فيطأَها، ففَعَلَ: فهيَ له بغير شيءٍ عند أبي حنيفة رحمه الله.

لهما: أنه مأمورٌ بالتمليك من الفقير، وقد أتىٰ به، فلا يَضمنُ للموكل، وهذا لأن في وُسْعه التمليكَ، لا وقوعَه زكاةً؛ لتعلُّقه بنية الموكِّل، وإنما يُطلَب منه ما في وُسْعه.

وصار كالمأمور بذَبْحِ دمِ الإحصار إذا ذَبَحَ بعد ما زال الإحصارُ، وحجَّ الآمِرُ: لم يضمنِ المأمورُ، عَلِمَ، أو لا.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنه مأمورٌ بأداء الزكاة، والمؤدَّىٰ لم يقعْ زكاةً، فصار مخالِفاً.

وهذا لأن المقصودَ من الأمر: إخراجُ نفسِه عن عُهدةِ الواجب؛ لأن الظاهرَ أنه لا يلتزمُ الضررَ إلا لدفع الضرر، وهذا المقصودُ قد حَصَلَ بأدائه، وعَرِيَ أداءُ المأمورِ عنه، فصار معزولاً، عَلِمَ، أو لم يعلم؛ لأنه عَزْلٌ حُكمي.

وأما دمُ الإحصارِ: فقد قيل: هو علىٰ هذا الاختلاف، وقيل: بينهما فَرْقٌ.

ووَجْهُه: أن الدمَ ليس بواجبٍ عليه، فإنه يُمكِنُه أن يصبرَ حتىٰ يزولَ الإحصار، وفي مسألتنا: الأداءُ واجبٌ، فاعتُبر الإسقاطُ مقصوداً فيه، دونَ دمِ الإحصار.

قال: (وإذا أَذِنَ أحدُ المتفاوضَيْن لصاحبه أن يشتريَ جاريةً، فيطأَها، ففَعَلَ: فهيَ له بغير شيءٍ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا : يَرجعُ عليه بنصف الثمنِ.

وقالا: يَرجعُ عليه بنصف الثمنِ)؛ لأنه أدَّىٰ دَيْناً عليه خاصةً من مالٍ مشترَكٍ، فيَرجعُ عليه صاحبُه بنصيبه، كما في شراءِ الطعام والكسوة.

وهذا لأن الملكَ واقعٌ له خاصةً، والثمنُ بمقابلة الملك.

وله: أن الجاريةَ دخلت في الشركة علىٰ البَتَات؛ جَرْياً علىٰ مقتضىٰ الشركة، إذ هما لا يملِكَان تغييرَه، فأشبه حالَ عدمِ الإذن، غيرَ أن الإذنَ يتضمَّنُ هبةَ نصيبِه منه؛ لأن الوطءَ لا يَحِلُّ إلا بالملك، ولا وجهَ إلىٰ إثباته بالبيع؛ لِمَا بيَّنَّا أنه يخالِف مقتضىٰ الشركة، فأثبتناه بالهبة الثابتةِ في ضمن الإذن.

بخلاف الطعامِ والكسوة؛ لأن ذلك مستثنىً عنها؛ للضرورة، فيقعُ الملكُ له خاصةً بنفس العقد، فكان مؤدِّياً دَيْناً عليه من مال الشركة، وفي مسألتنا: قضىٰ ديناً عليهما؛ لِمَا بيَّنَّا.

وللبائع أن يأخذَ بالثمن أيَّهما شاء، بالاتفاق؛ لأنه دَيْنٌ وَجَبَ بسبب التجارة، والمفاوضةُ تضمَّنتِ الكفالةَ، فصار كالطعام والكسوة، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

كتاب الوقف

قال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ : لا يزولُ مِلْكُ الواقفِ عن الوقف إلا أن يَحكمَ به الحاكمُ، أو يُعَلِّقَه بموته، فيقولَ : إذا مِتُّ فقد وقفتُ داري علىٰ كذا.

وقال أبو يوسف رحمه الله : يزولُ مِلْكُه بمجرَّد القول.

وقال محمدٌ رحمه الله : لا يزولُ حتىٰ يَجعلَ للوقف وليّاً، ويُسلِّمَه إليه.

كتاب الوقف

قال: (قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يزولُ مِلْكُ الواقفِ عن الوقف إلا أن يَحكمَ به الحاكمُ، أو يُعَلِّقَه بموته، فيقولَ: إذا مِتُّ فقد وقفتُ داري علىٰ كذا.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يزولُ مِلْكُه بمجرَّد القول.

وقال محمدٌ رحمه الله: لا يزولُ حتىٰ يَجعلَ للوقف وليّاً، ويُسلِّمَه إليه).

قال رضي الله عنه: الوقفُ لغةً: هو الحَبْسُ، تقولُ: وَقَفْتُ الدابةَ، وأوقفتُها: بمعنىً.

وهو في الشرع عند أبي حنيفة رحمه الله: حَبْسُ العَيْنِ علىٰ مِلْكِ الواقف، والتصدُّقُ بالمنفعة، بمنزلة العارية.

ثم قيل: المنفعةُ معدومةٌ، فالتصدقُ بالمعدوم لا يصح، فلا يجوزُ الوقفُ أصلاً عنده، وهو الملفوظُ في «الأصل».

والأصحُّ أنه جائزٌ عنده، إلا أنه غيرُ لازمٍ، بمنزلة العارية.

. . . .

وعندهما: حَبْسُ العَيْنِ علىٰ حُكمِ ملكِ الله تعالىٰ، فيزولُ ملكُ الواقف عنه إلىٰ الله تعالىٰ، علىٰ وجهٍ تعودُ منفعتُه إلىٰ العباد، فيلزَمُ، ولا يُباعُ، ولا يوهَبُ، ولا يورَثُ.

واللفظُ: ينتظمُهما[1]، والترجيحُ بالدليل.

لهما: قولُ النبيِّ صلىٰ الله عليه وسلم لعمرَ رضي الله عنه حين أراد أن يتصدَّق بأرضٍ له تُدعىٰ: ثَمْغ: «تصدَّقْ بأصلِها، لا تُباعُ، ولا تُورَثُ، ولا تُوهَبُ»[2].

ولأن الحاجةَ ماسَّةٌ إلىٰ أن يَلزمَ الوقفُ منه؛ ليَصِلَ ثوابُه إليه علىٰ الدوام، وقد أمكن دَفْعُ حاجتِه بإسقاط الملك، وجَعْلِه لله تعالىٰ، إذ له نظيرٌ في الشرع، وهو المسجدُ، فيُجعَلُ كذلك.

ولأبي حنيفة رحمه الله: قولُه عليه الصلاة والسلام: «لا حُبُسَ[3] عن فرائض الله تعالىٰ»[4].

وعن شُرَيْح رحمه الله: جاء محمدٌ عليه الصلاة والسلام ببيع الحُبُس[5].

---

(١) أي لفظ: الوقف: ينتظم ما قاله الإمام، وما قاله الصاحبان.

(٢) صحيح البخاري (٢٧٦٤)، صحيح مسلم (١٦٣٢).

(٣) وضُبطت في نُسخ: لا حَبْسَ. وينظر جواز تسكين الباء: المصباح المنير.

(٤) سنن الدارقطني (٤٠٦٢)، وإسناده ضعيفٌ، كما في الدراية ٢/١٤٥.

(٥) وفي نُسخ: الحَبِيْس، وقد جاء بلفظ المؤلف في مصنف ابن أبي شيبة (٣٣٥١١) موقوفاً علىٰ شريح، وإسناده إليه صحيح، كما في الدراية ٢/١٤٥.

=

. . . .

ولأن الملكَ باقٍ فيه، بدليل أنه يجوزُ الانتفاعُ به زراعةً وسكنىً، وغيرَ ذلك.

والملكُ فيه للواقف؛ ألا ترىٰ أنَّ له ولايةَ التصرُّفِ فيه، بصرف غَلاَّته إلىٰ مصارفها، ونَصْبِ القُوَّام فيها، إلا أنه يَتصدَّقُ بمنافعه، فصار شبيهَ العارية.

ولأنه يُحتاجُ إلىٰ التصدُّقِ بالغَلَّة دائماً، ولا تَصدُّقَ عنه إلا بالبقاء علىٰ مِلْكِه.

ولأنه لا يُمكن أن يُزالَ مِلْكُه لا إلىٰ مالكٍ؛ لأنه غيرُ مشروعٍ مع بقائه، كالسائبة.

بخلاف الإعتاق: لأنه إتلافٌ.

وبخلاف المسجد: لأنه جَعَلَه خالصاً لله تعالىٰ، ولهذا لا يجوزُ الانتفاعُ به، وها هنا لم ينقطعْ حقُّ العبد عنه، فلم يَصِرْ خالصاً لله تعالىٰ.

قال رضي الله عنه: قال في «الكتاب[1]»: لا يزولُ مِلْكُ الواقف إلا أن يَحكمَ به الحاكمُ، أو يُعلِّقَه بموته، وهذا في حُكْم الحاكم صحيحٌ؛ لأنه قضاءٌ في مجتَهَدٍ فيه.

أما في تعليقه بالموت: فالصحيحُ أنه لا يزول مِلْكُه، إلا أنه تَصَدُّقٌ بمنافعه مؤبَّداً، فيصيرُ بمنزلة الوصيةِ بالمنافع مؤبَّداً، فيلزمُ.

ومعنىٰ: الحُبُسُ: جَمْعُ: حَبِيسٍ، وأراد ما كان أهل الجاهلية يُحبِّسونه ويُحرِّمونه من ظهور الحامي والسائبة والبحيرة وما أشبهها، فنزل القرآنُ بإحلال ما حرَّموا منها، وإطلاقِ ما حبَّسوه. النهاية، لابن الأثير ١/٣٢٩.

(١) أي مختصر القدوري.

وإذا صحَّ الوقفُ علىٰ اختلافهم : . . . .

والمرادُ بالحاكم: المولَّىٰ[١]، فأما المُحكَّم: ففيه اختلافُ المشايخ[٢] رحمهم الله.

ولو وَقَفَ في مرض موته: قال الطحاويُّ رحمه الله: هو بمنزلةِ الوصية بعد الموت، والصحيحُ أنه لا يلزمُ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: يلزمُ، إلا أنه يُعتبرُ من الثلث.

والوقفُ في الصحة: من جميع المال.

وإذا كان الملكُ يزولُ عندهما: يزولُ بالقول عند أبي يوسف رحمه الله، وهو قولُ الشافعيِّ[٣] رحمه الله، بمنزلة الإعتاق؛ لأنه إسقاطُ الملك.

وعند محمدٍ رحمه الله: لا بدَّ من التسليمِ إلىٰ المتولِّي؛ لأن حَقَّ الله تعالىٰ إنما يثبتُ فيه في ضِمْنِ التسليم إلىٰ العبد؛ لأن التمليكَ: من الله تعالىٰ، وهو مالكُ الأشياء، لا يتحقَّقُ مقصوداً، وقد يكون تَبَعاً لغيره، فيأخذُ حكمَه، فيُنزَّل منزلةَ الزكاة والصدقة.

قال: (وإذا صحَّ الوقفُ علىٰ اختلافهم) ـ وفي بعض النُّسَخ[٤]: وإذا

---

(١) أي الذي ولاَّه الإمام عمل القضاء، لا المحكَّم الذي يُفوَّض إليه الحكم في حادثة معينة باتفاق المتخاصِمَيْن.

(٢) هل ينفذ حكمُه أم لا؟ ينظر البناية ٩/٦٠١.

(٣) أسنىٰ المطالب ٢/٤٦٢.

(٤) أي نُسخ مختصر القدوري. البناية ٩/٦٠٦.

خَرَجَ من ملك الواقف، ولم يدخُلْ في ملكِ الموقوفِ عليه.

ووقفُ المُشاعِ: جائزٌ عند أبي يوسف رحمه الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: لا يجوز.

استُحِقَّ: مكانَ قولِه: صحَّ ـ: (خَرَجَ من ملك الواقف، ولم يدخُلْ في ملكِ الموقوفِ عليه)؛ لأنه لو دخل في ملكِ الموقوف عليه: لا يتوقَّفُ عليه، بل ينفُذُ بيعُه كسائر أملاكِه.

ولأنه لو مَلَكَه: لَمَا انتقل عنه بشرطِ المالكِ الأول، كسائر أملاكه.

قال رضي الله عنه: قولُه: خَرَجَ من مِلْكِ الواقف: يجبُ أن يكون قولَهما، علىٰ الوجه الذي سَبَقَ تقريرُه[1].

قال: (ووقفُ المُشاعِ: جائزٌ عند أبي يوسف رحمه الله)؛ لأن القسمةَ من تمامِ القبضِ، والقبضُ عنده ليس بشرطٍ، فكذا تتمَّتُه.

(وقال محمدٌ رحمه الله: لا يجوز)؛ لأن أصلَ القبض عنده شرطٌ، فكذا ما يَتِمُّ به، وهذا فيما يَحتمِلُ القسمةَ.

وأما فيما لا يَحتملُ القسمةَ: فيجوزُ مع الشيوعِ عند محمدٍ رحمه الله أيضاً؛ لأنه يَعتبرُه بالهبة والصدقة المنفَّذة[2]، إلا في المسجد والمقبرة،

---

(١) وفي نُسخ: ذِكْره.

(٢) أي الصدقة الخاصة المسلَّمة إلىٰ الفقير، وهو احترازٌ عن الصدقة الموقوفة، وهي فيما نحن فيه. العناية ٥/٤٢٦.

ولا يَتِمُّ الوقفُ عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله حتىٰ يَجعَلَ آخِرَه لجهةٍ لا تنقطع أبداً.

فإنه لا يَتِمُّ مع الشيوع فيما لا يَحتمِلُ القسمةَ أيضاً عند أبي يوسف رحمه الله، لأن بقاءَ الشركة يمنعُ الخُلوصَ لله تعالىٰ.

ولأن المهايأةَ فيهما في غاية القُبْح، بأن يُقبَرَ فيه الموتىٰ سَنَةً، ويُزرَعَ سَنَةً، ويُصلَّىٰ فيه في وقتٍ، ويُتَّخَذَ إصطبلاً في وقتٍ، بخلاف الوقف؛ لإمكان الاستغلال، وقسمةِ الغَلَّة.

ولو وَقَفَ الكلَّ، ثم استُحِقَّ جزءٌ منه: بَطَلَ في الباقي عند محمدٍ رحمه الله؛ لأن الشيوعَ مقارِنٌ، كما في الهبة.

بخلاف ما إذا رَجَعَ الواهبُ في البعض، أو رَجَعَ الوارثُ في الثلثين بعد موتِ المريض، وقد وَهَبَ أو وَقَفَ في مرضه، وفي المال ضِيْقٌ؛ لأن الشيوعَ في ذلك طارئٌ.

ولو استُحِقَّ جزءٌ مميَّزٌ بعَيْنه: لم يَبطلْ في الباقي؛ لعدم الشيوع، ولهذا جاز في الابتداء.

وعلىٰ هذا الهبةُ، والصدقةُ المملوكة[1].

قال: (ولا يَتِمُّ الوقفُ عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله حتىٰ يَجعَلَ آخِرَه لجهةٍ لا تنقطع أبداً.

---

(١) أي للفقير.

وقال أبو يوسف رحمه الله : إذا سمَّىٰ فيه جهةً تنقطع : جاز، وصار بعدَها للفقراء وإن لم يُسمِّهم.

وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا سمَّىٰ فيه جهةً تنقطع: جاز، وصار بعدَها للفقراء وإن لم يُسمِّهم).

لهما: أن موجَبَ الوقفِ: زوالُ الملكِ بدون التمليك، وأنه يتأبَّدُ كالعتق، فإذا كانت الجهةُ يُتوهَّمُ انقطاعُها: لا يَتوفَّرُ عليه مقتضاه، فلهذا كان التوقيتُ مُبطِلاً له، كالتوقيتِ في البيع.

ولأبي يوسف رحمه الله: أن المقصودَ هو التقرُّبُ إلىٰ الله تعالىٰ، وهو موفَّرٌ عليه، لأن التقرُّبَ تارةً يكون في الصرفِ إلىٰ جهةٍ تنقطع، ومرةً بالصرف إلىٰ جهةٍ تتأبَّد، فيصحُّ في الوجهَيْن.

وقيل: إن التأبيدَ شَرْطٌ، بالإجماع، إلا أن عند أبي يوسف رحمه الله لا يُشترط ذِكْرُ التأبيد؛ لأن لفظةَ: الوقفِ، والصدقةِ: مُنبِئةٌ عنه؛ لِمَا بيَّنَّا أنه إزالةُ الملكِ بدون التمليك، كالعتق.

ولهذا قال في «الكتاب[1]» في بيان قوله: وصار بعدها للفقراء وإن لم يُسمِّهم: وهذا هو الصحيح.

وعند محمدٍ رحمه الله: ذِكْرُ التأبيدِ: شَرْطٌ؛ لأن هذا صدقةٌ بالمنفعة، أو بالغَلَّة، وذلك قد يكونُ مؤقتاً، وقد يكونُ مؤبَّداً، فمُطلَقُه لا ينصرفُ إلىٰ التأبيد، فلا بدَّ من التنصيص.

---

(١) أي مختصر القدوري.

ويجوزُ وقفُ العَقَار، ولا يجوزُ وقفُ ما يُنقلُ ويُحوَّل.

وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا وَقَفَ ضَيْعةً ببَقَرِها، وأَكَرَتِها، وهم عبيدُه: جاز.

قال: (ويجوزُ وقفُ العَقَار)؛ لأن جماعةً من الصحابة رضوان الله عليهم وَقَفُوه[١].

قال: (ولا يجوزُ وقفُ ما يُنقَلُ ويُحوَّل).

قال رضي الله عنه: وهذا علىٰ الإرسال[٢]: قولُ أبي حنيفة رحمه الله.

قال: (وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا وَقَفَ ضَيْعةً ببقَرِها، وأَكَرَتِها[٣]، وهم عبيدُه[٤]: جاز).

وكذا سائرُ آلات الحراسة؛ لأنه تَبَعٌ للأرض في تحصيل ما هو المقصود.

وقد يثبتُ من الحكم تَبَعاً: ما لا يثبتُ مقصوداً، كالشِّرْب في البيع، والبناءِ في الوقف.

ومحمدٌ رحمه الله معه فيه، لأنه لَمَّا جاز إفرادُ بعضِ المنقول بالوقف عنده: فلأَنْ يجوزَ الوقفُ فيه تَبَعاً أَوْلىٰ.

---

(١) ينظر لهذه الآثار: الدراية ٢/١٤٥.

(٢) أي إن قولَ القدوري في مختصره: ولا يجوز وقفُ ما يُنقل ويُحوَّل: هو علىٰ الإطلاق. البناية ٩/٦١٣.

(٣) أي فَلاَّحِيْها.

(٤) وفي نُسخ: عبيدٌ.

وقال محمدٌ رحمه الله : يجوزُ حَبْسُ الكُرَاع ، والسلاح .

قال: (وقال محمدٌ رحمه الله: يجوزُ حَبْسُ الكُرَاع، والسلاح)، ومعناه: وقفُه في سبيل الله.

وأبو يوسف رحمه الله معه فيه، علىٰ ما قالوا، وهو استحسانٌ، والقياسُ: أنه لا يجوز؛ لِمَا بيَّنَّا من قبل.

وجهُ الاستحسان: الآثارُ المشهورةُ فيه، منها:

قولُه عليه الصلاة والسلام: «وأما خالدٌ: فقد حَبَسَ أَدْرعاً له، وأفراساً له في سبيل الله تعالىٰ، وطلحةُ حَبَسَ دروعَه في سبيل الله تعالىٰ»[1].

ويُروىٰ: أكراعَه[2]، والكُرَاعُ: الخيل.

ويَدخلُ في حُكمه: الإبلُ؛ لأن العربَ يجاهدون عليها.

وكذا السلاحُ، يُحمَلُ عليها.

وعن محمدٍ رحمه الله: أنه يجوز وقفُ ما فيه تعامُلٌ من المنقولات، كالفأس، والمَرِّ[3]، والقَدُومِ، والمِنشارِ، والجِنازةِ[4]، وثيابِها، والقُدُورِ، والمَرَاجِلِ، والمصاحفِ.

---

(١) صحيح البخاري (١٤٦٨)، صحيح مسلم (٩٨٣).

(٢) قال في الدراية ١٤٦/٢ : لم أجده.

(٣) الآلة التي يُعمل بها في الطين. البناية ٦١٧/٩.

(٤) هي التي يُحمل عليها الميت، وأما: ثيابها: أي ثياب الجِنازة، وهي التي تُغطىٰ بها الجنازة. البناية ٦١٨/٩.

. . . .

وعند أبي يوسف رحمه الله: لا يجوز؛ لأن القياسَ إنما يُترك بالنص، والنصُّ وَرَدَ في الكُرَاع والسلاح، فيُقتَصرُ عليه.

ومحمدٌ رحمه الله يقول: القياسُ قد يُترَك بالتعامل، كما في الاستصناع، وقد وُجِدَ التعاملُ في هذه الأشياء[1].

وعن نُصَيْر بن يحيىٰ[2] رحمه الله: أنه وَقَفَ كُتُبَه؛ إلحاقاً لها بالمصاحف.

وهذا صحيحٌ؛ لأن كلَّ واحدٍ[3] يُمسَكُ للدِّين تعليماً وتعلُّماً وقراءةً.

وأكثرُ فقهاءِ الأمصار علىٰ قول محمدٍ رحمه الله.

وما لا تعامُلَ فيه: لا يجوز وقفُه عندنا.

وقال الشافعي[4] رحمه الله: كلُّ ما يُمكِنُ الانتفاعُ به، مع بقاء أصله، ويجوز بيعُه: يجوز وقفُه؛ لأنه يُمكنُ الانتفاعُ به، فأشبه العقارَ والكُرَاعَ والسلاحَ.

ولنا: أن الوقفَ فيه لا يتأبَّدُ، ولا بدَّ منه علىٰ ما بيَّنَّاه، فصار كالدراهم والدنانير، بخلاف العقار.

---

(١) أي في وقف هذه الأشياء المذكورة.

(٢) من كبار علماء الحنفية في بلخ، تلميذ الحسن بن زياد، ت ٢٦٨هـ، كما في البناية ٦١٩/٩، له ترجمة مختصرة في الجواهر المضية ٥٤٦/٣.

(٣) أي من الكتب. البناية ٦٢٠/٩.

(٤) أسنىٰ المطالب ٤٥٧/٢.

وإذا صحَّ الوقفُ: لم يَجُزْ بيعُه، ولا تمليكُه، إلا أن يكونَ مُشاعاً عند أبي يوسف رحمه الله، فيَطلُبَ الشريكُ القسمةَ، فتصحُّ مقاسمتُه.

ولا معارضَ من حيث السمعُ، ولا من حيثُ التعاملُ، فبقِيَ علىٰ أصل القياس.

وهذا لأن العقارَ يتأبَّدُ، والجهادُ سَنَامُ الدِّين، فكان معنىٰ القُربة فيهما أقوىٰ، فلا يكونُ غيرُهما في معناهما.

قال: (وإذا صحَّ الوقفُ: لم يَجُزْ بيعُه، ولا تمليكُه، إلا أن يكونَ مُشاعاً عند أبي يوسف رحمه الله، فيَطلُبَ الشريكُ القسمةَ، فتصحُّ مقاسمتُه).

أما امتناعُ التمليك: فلِمَا بيَّنَّا.

وأما جوازُ القسمة: فلأنها تمييزٌ وإفرازٌ، غايةُ الأمرِ أن الغالبَ في غير المكيلِ والموزون معنىٰ المبادلةِ، إلا أنَّا في الوقفِ جعلنا الغالبَ معنىٰ الإفراز؛ نظراً للوقف، فلم تكن[1] بيعاً وتمليكاً.

ثم إنْ وَقَفَ نصيبَه من عقارٍ مشترَكٍ: فهو الذي يُقاسِمُ شريكَه؛ لأن الولايةَ إلىٰ الواقف، وبعد الموت: إلىٰ وصيِّه.

وإن وَقَفَ نصفَ عقارٍ خالصٍ له: فالذي يقاسِمُه القاضي، أو يبيعُ نصيبَه الباقي من رجلٍ، ثم يقاسِمُ المشتريَ، ثم يشتري[2] ذلك منه؛ لأن الواحدَ لا يجوزُ أن يكون مقاسِماً ومقاسَماً.

---

(١) أي القسمة. البناية ٩/٦٢٣. وفي نُسخ: يكن.

(٢) أي الواقفُ.

والواجبُ أن يُبْتَدَأَ من ارتفاع الوقفِ بعِمارته، شَرَطَ ذلك الواقفُ، أو لم يَشترِط.

ولو كان في القسمة فَضْلُ دراهمَ: إن أَعطىٰ الواقفَ[1]: لا يجوز؛ لامتناع بيع الوقف، وإن أَعطىٰ الواقفُ[2]: جاز، ويكون بقَدْر الدراهم شراءً.

قال: (والواجبُ أن يُبْتَدَأَ من ارتفاع الوقفِ[3] بعِمارته، شَرَطَ ذلك الواقفُ، أو لم يَشتَرِط[4])؛ لأن قَصْدَ الواقفِ صَرْفُ الغَلَّة مؤبَّداً، ولا تبقىٰ دائمةً إلا بالعِمارة، فيثبتُ شَرْطُ العِمارة اقتضاءً.

ولأن «الخَرَاجَ بالضمان»[5].

---

(١) أي أعطىٰ المشتري الواقفَ. البناية ٩/٦٢٣، وفي نُسخ: أُعطِيَ الواقفُ، وفي نُسخٍ أخرىٰ: أُعطِيَ للواقف، وينظر للتوجيه فتح القدير ٥/٤٣٣.

(٢) أي أعطىٰ الواقفُ الشريكَ. البناية ٩/٦٢٤، وكلمة: الواقف: مثبتةٌ في النسخة النفيسة بتاريخ ١٠٨٤هـ، وفي طبعات الهداية القديمة، وكذلك في البناية، وسقطت من غالب النُّسخ الخطية.

(٣) أي من غَلَّةُ الوقف.

(٤) وفي نُسخ: يَشرِط.

(٥) لفظ: «الخراج بالضمان»: حديثٌ مرفوع، ولم ينصَّ المؤلف هنا علىٰ أنه حديثٌ نبوي، وتقدم في اللقيط، وأيضاً لم ينصَّ هناك علىٰ أنه حديثٌ نبويٌّ، وسيأتي ذكره مرةً ثالثة في الهداية في الانتفاع بالرهن.

وهو في سنن الترمذي (١٢٨٥)، وقال: حديث حسن صحيح. اهـ، وسنن أبي داود (٣٥٠٨)، والنسائي (٤٤٩٠)، وغيرهم، وينظر التلخيص الحبير ٣/٢٢.

=

. . . .

وصار كنفقة العبدِ الموصَىٰ بخدمته، فإنها علىٰ الموصىٰ له بها.

ثم إن كان الوقفُ علىٰ الفقراء: لا يُظفَرُ بهم(١)، وأقربُ أموالهم هذه الغَلَّةُ، فتجبُ فيها(٢).

ولو كان الوقفُ علىٰ رجلٍ بعيْنه، وآخِرُه للفقراء: فهي(٣) في مالِه، أيَّ ماله(٤) شاءَ في حال حياته.

ولا يُؤخَذُ من الغَلَّة؛ لأنه معيَّنٌ يُمكن مطالبتُه به.

وإنما يستَحِقُّ العِمارةَ عليه بقَدْر ما يبقىٰ الموقوفُ علىٰ الصفة التي وَقَفَه.

وإن خَرِبَ: يُبنىٰ علىٰ ذلك الوصف؛ لأنها بصفتها صارت غلَّتُها مصروفةً إلىٰ الموقوفِ عليه.

فأما الزيادةُ علىٰ ذلك: فليست بمستَحَقَّةٍ عليه(٥)، والغَلَّةُ مستَحَقَّةٌ

وينبه هنا إلىٰ أن هذا الحديث قد فات الزيلعي تخريجه هنا في نصب الراية ٤٧٩/٣، وكذلك ابن حجر في الدراية ١٤٦/٢، والعلامة قاسم في منية الألمعي ص ٤٠٨، وكذلك فاتهم تخريجه في الرهن.

(١) أي بالفقراء، وإنما لا يُظفَر بهم: لأنهم لا يُحصَوْن، وليسوا بمعيَّنِيْن، أي لا يَظفرُ بهم المتولِّي.

(٢) أي في الغلة.

(٣) أي العمارة.

(٤) وفي نُسخ: مالٍ.

(٥) أي علىٰ الموقوف. وفي نُسخ: له.

فإن وَقَفَ داراً علىٰ سُكنىٰ ولدِه : فالعِمارةُ علىٰ مَن له السكنىٰ.

فإن امتنع من ذلك، أو كان فقيراً : آجَرَها الحاكمُ، وعَمَرَها بأُجرتها، فإذا عَمَرَها : ردَّها إلىٰ مَن له السُّكنىٰ.

له[١]، فلا يجوزُ صَرْفُها إلىٰ شيءٍ آخَرَ إلا برضاه.

ولو كان الوقفُ علىٰ الفقراء: فكذلك عند البعض.

وعند الآخرين: يجوز ذلك، والأولُ أصحُّ؛ لأن الصرفَ إلىٰ العِمارة ضرورةَ إبقاءِ الوقف، ولا ضرورةَ في الزيادة.

قال: (فإن وَقَفَ داراً علىٰ سُكنىٰ ولدِه: فالعِمارةُ علىٰ مَن له السكنىٰ)؛ لأن «الخراجَ بالضمان»[٢]، علىٰ ما مَرَّ، فصار كنفقة العبدِ الموصىٰ بخدمته.

قال: (فإن امتنع من ذلك، أو كان فقيراً: آجَرَها الحاكمُ، وعَمَرَها بأُجرتها، فإذا عَمَرَها: ردَّها إلىٰ مَن له السُّكنىٰ)؛ لأنَّ في ذلك رعايةَ الحقَّيْن: حقِّ الواقف، وحقِّ صاحب السكنىٰ؛ لأنه لو لم يَعْمُرْها: تفوتُ السكنىٰ أصلاً، والأوَّل أَوْلىٰ.

ولا يُجبَرُ الممتنِعُ علىٰ العِمارة؛ لِمَا فيه من إتلافِ مالِه، فأشبه امتناعَ صاحبِ البَذْرِ في المزارعة، فلا يكونُ امتناعُه رضاً منه ببطلان حَقِّه؛ لأنه في حَيِّز التردُّد.

ولا تصحُّ إجارةُ مَن له السكنىٰ؛ لأنه غيرُ مالك.

---

(١) أي للموقوف عليه.

(٢) تقدم تخريج هذا الحديث قريباً جداً.

وما انهدم من بناءِ الوقف وآلتِه: صَرَفَه الحاكمُ في عِمارة الوقف إن احتاج إليه، وإن استغنىٰ عنه: أَمْسَكَه حتىٰ يَحتاجَ إلىٰ عِمارته، فيصرِفُه فيها، ولا يجوزُ أنْ يَقسِمَه بين مُستَحِقِّي الوقفِ.

وإذا جَعَلَ الواقفُ غَلَّةَ الوقفِ لنفسه، أو جَعَلَ الولايةَ إليه: جاز عند أبي يوسف رحمه الله.

قال: (وما انهدم من بناءِ الوقف وآلتِه: صَرَفَه الحاكمُ في عِمارة الوقف إن احتاج إليه، وإن استغنىٰ عنه: أَمْسَكَه حتىٰ يَحتاجَ إلىٰ عِمارته، فيصرِفُه فيها)؛ لأنه لا بدَّ من العِمارة؛ ليبقىٰ[1] علىٰ التأبيد، فيحصلَ مقصودُ الواقف.

فإن مسَّتِ الحاجةُ إليه في الحال: صَرَفَها فيها، وإلا: أَمْسَكَها حتىٰ لا يتعذَّرَ عليه ذلك أوانَ الحاجةِ، فيَبْطُلَ المقصودُ.

وإن تعذَّر إعادةُ عينِه إلىٰ موضعِه: بِيْعَ، وصُرِفَ ثمنُه إلىٰ المَرَمَّة[2]؛ صَرْفاً للبدل إلىٰ مَصرِفِ المُبدَل.

قال: (ولا يجوزُ أنْ يَقسِمَه)، يعني النُّقْضَ (بين مُستَحِقِّي الوقفِ)؛ لأنه جزءٌ من العين، ولا حَقَّ للموقوفِ عليهم فيه، وإنما حَقُّهم في المنافع، والعينُ حَقُّ الله تعالىٰ، فلا يُصرَفُ إليهم غيرُ حقِّهم.

قال: (وإذا جَعَلَ الواقفُ غَلَّةَ الوقفِ لنفسه، أو جَعَلَ الولايةَ إليه: جاز عند أبي يوسف رحمه الله).

---

(١) أي ليبقىٰ الوقف.

(٢) أي إلىٰ الإصلاح، مِن: رَمَّ البناء، يرمُّه رمّاً، ومرمَّةً: إذا أصلحه.

. . . .

قال رضي الله عنه: ذَكَرَ فصلَيْن: شَرْطَ الغلَّة لنفسه، وجَعْلَ الولايةِ إليه.

١ـ أما الأول: فهو جائزٌ عند أبي يوسف رحمه الله.

ولا يجوز علىٰ قياس قول محمدٍ رحمه الله، وهو قولُ هلالٍ الرَّأي[1] رحمه الله، وبه قال الشافعي[2] رحمه الله.

وقيل: إن الاختلافَ بينهما[3] بناءٌ علىٰ الاختلافِ في اشتراطِ القبضِ والإفراز.

وقيل: هي مسألةٌ مبتَدَأةٌ، والخلافُ فيما إذا شَرَطَ البعضَ لنفسه في حال حياتِه، وبعدَ موتِه للفقراء.

وفيما إذا شَرَطَ الكلَّ لنفسه في حياته، وبعد موته للفقراء: سواءٌ.

---

(١) هكذا: الرأي: في عدة نُسخٍ نفيسة هي عندي، ووقع في نُسخ كثيرة خطأً: الرازي، وقد نبَّه إلىٰ هذا الخطأ صاحبُ المغرب، ونقل كلامَه العيني في البناية ٦٢٨/٩ وغيرُه، حتىٰ قال العيني: ما وَقَعَ في نُسخِ الهداية إلا: الرازي، والصواب ما قاله صاحب المغرب. اهـ

قلت: هلال الرأي هو هلال بن يحيىٰ البصري، الملقب: هلال الرأي؛ لسعة علمه، وكثرة فهمه، كما قيل: ربيعة الرأي، أخذ الفقه عن أبي يوسف وزفر، وهو من أصحاب خالد بن يوسف السمتي البصري من أصحاب الإمام أبي حنيفة، له مصنَّفٌ في الشروط، وأحكام الوقف، تداوله العلماء، توفي سنة ٢٤٥هـ، الفوائد البهية ص٢٢٣.

(٢) كفاية الأخيار ١/٦١٠.

(٣) أي بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

. . . .

ولو وقف وشَرَطَ البعضَ، أو الكلَّ لأمهاتِ أولادِه، ومدبَّريه ما داموا أحياءً، فإذا ماتوا: فهو للفقراء والمساكين: فقد قيل: يجوزُ، بالاتفاق.

وقد قيل: هو علىٰ الخلاف أيضاً، وهو الصحيحُ؛ لأن اشتراطَه لهم في حياته: كاشتراطه لنفسه.

وجهُ قولِ محمدٍ رحمه الله: أن الوقفَ تبرُّعٌ علىٰ وجهِ التمليكِ بالطريق الذي قدَّمناه، فاشتراطُه البعضَ، أو الكلَّ لنفسه: يُبطِلُه؛ لأن التمليكَ من نفسِه لا يتحقَّقُ، فصار كالصدقة[1] المنفَّذَة، وشَرْطِ بعضِ بُقْعةِ المسجد لنفسه.

ولأبي يوسف رحمه الله: ما رُوي أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام كان يأكلُ من صدقته[2].

والمرادُ منها: صدقتُه الموقوفةُ، ولا يَحِلُّ الأكلُ منها إلا بالشرط، فدلَّ علىٰ صحته.

ولأن الوقفَ إزالةُ الملكِ إلىٰ الله تعالىٰ علىٰ وجهِ القُربة، علىٰ ما بيَّنَّاه، فإذا شَرَطَ البعضَ أو الكلَّ لنفسِه: فقد جَعَلَ ما صار مملوكاً لله تعالىٰ لنفسه، لا أنْ يَجعلَ ملكَ نفسِه لنفسه، وهذا جائزٌ.

كما إذا بنىٰ خاناً، أو سِقَايةً، أو جَعَلَ أرضَه مَقبرةً، وشَرَطَ أن يَنْزِلَه،

---

(١) وفي نُسخ: كما في الصدقة.

(٢) قال في نصب الراية ٤٧٩/٣: غريب، وفي الدراية ١٤٦/٢: لم أجده، واستدرك عليهما العلامة قاسم في منية الألمعي ص ٣٩٨ بأنه رواه الخَصَّاف في الوقف.

. . . .

أو يَشرَبَ منه، أو يُدفَنَ فيه.

ولأن مقصودَه القُربةُ، وفي الصرفُ إلىٰ نفسِه: ذلك.

قال عليه الصلاة والسلام: «نفقةُ الرجل علىٰ نفسه: صدقةٌ»[1].

ولو شَرَطَ الواقفُ أن يَستبدلَ به أرضاً أخرىٰ إذا شاء ذلك: فهو جائزٌ عند أبي يوسف رحمه الله.

وعند محمدٍ رحمه الله: الوقفُ جائزٌ، والشرطُ باطلٌ.

ولو شَرَطَ الخيارَ لنفسه في الوقف ثلاثةَ أيامٍ: جاز الوقفُ والشرطُ عند أبي يوسف رحمه الله.

وعند محمد رحمه الله: الوقفُ باطلٌ، وهذا بناءٌ علىٰ ما ذكرنا.

٢ـ وأما فصلُ الولاية[2]: فقد نصَّ محمدٌ رحمه الله فيه علىٰ قولِ أبي يوسف رحمه الله، وهو قولُ هلالٍ رحمه الله أيضاً، وهو ظاهرُ المذهب.

وذَكَرَ هلالٌ رحمه الله في «وقفه[3]»: وقال أقوامٌ[4]: إنْ شَرَطَ الواقفُ الولايةَ لنفسه: كانت له ولايةٌ، وإن لم يَشترِط: لم تكن له ولايةٌ.

---

(١) سنن النسائي (٩١٨٥)، سنن ابن ماجه (٢١٣٨)، وإسناده جيد، كما في الدراية ٢/١٤٦.

(٢) وهذا هو الفصل الثاني، وتقدم الأول، وهو شرط الغلة لنفسه.

(٣) تقدم قريباً أنه من كتب الإمام هلال الرأي.

(٤) هذا مقول قول هلال رحمه الله. حاشية سعدي علىٰ الهداية.

. . . .

قال مشايخنا رحمهم الله: الأشبهُ أن يكونَ هذا[١] قولَ محمدٍ رحمه الله؛ لأن من أصله: أن التسليمَ إلىٰ القَيِّم شَرْطٌ لصحة الوقف، فإذا سلَّمَ له: لم يبقَ له ولايةٌ فيه.

ولنا: أن المتولِّيَ إنما يستفيدُ الولايةَ من جهته، بشَرْطه، فيستحيلُ أن لا تكونَ له الولايةُ، وغيرُه يستفيدُ الولايةَ منه.

ولأنه أقربُ الناسِ إلىٰ هذا الوقف، فيكونُ أَوْلىٰ بولايته، كمَن اتخَذَ مسجداً: يكون أَوْلىٰ بعِمارته، ونَصْبِ المؤذِّن فيه.

وكمَن أعتق عبداً: كان الولاءُ له؛ لأنه أقربُ الناسِ إليه.

ولو أنَّ الواقِفَ شَرَطَ ولايتَه لنفسه، وكان الواقفُ غيرَ مأمونٍ علىٰ الوقف: فللقاضي أن يَنْتزِعَها من يده؛ نظراً للفقراء، كما له أنْ يُخرِجَ الوصيَّ؛ نظراً للصغار.

وكذا إذا شَرَطَ أنْ ليس لسلطانٍ، ولا لقاضٍ أن يُخرِجَها من يده، ويولِّيَها غيرَه؛ لأنه شَرْطٌ مخالِفٌ لحكم الشَّرْع[٢]، فيبطُلُ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي الذي ذكره هلالٌ رحمه الله في وقفه.

(٢) لأن الشرع أطلق للقاضي إخراجَ مَن كان منهما؛ دفعاً للضرر عن الفقراء.

فصلٌ

وإذا بنىٰ مسجداً: لم يَزُلْ مِلْكُه عنه حتىٰ يُفْرِزَه عن مِلْكِه بطريقِه، ويأذَنَ للناس بالصلاة فيه، فإذا صلَّىٰ فيه واحدٌ: زال عن ملكِه عند أبي حنيفة رحمه الله.

فصلٌ

وقتُ زوال مِلك المسجدِ عن واقفِه

قال: (وإذا بنىٰ مسجداً: لم يَزُلْ مِلْكُه عنه حتىٰ يُفْرِزَه عن مِلْكِه بطريقِه، ويأذَنَ للناس بالصلاة فيه، فإذا صلَّىٰ فيه واحدٌ: زال عن ملكِه عند أبي حنيفة رحمه الله).

أما الإفرازُ: فلأنه لا يَخلُصُ لله تعالىٰ إلا به.

وأما الصلاةُ فيه: فلأنه لا بدَّ من التسليم عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله، ويُشترَطُ تسليمُ نوعِه[1]، وذلك في المسجد: بالصلاة فيه.

أو لأنه لَمَّا تعذَّر القبضُ: يُقامُ تحقُّقُ المقصودِ مُقامَه.

ثم يُكتَفىٰ بصلاةِ الواحدِ فيه، في روايةٍ عن أبي حنيفة رحمه الله، وكذا عن محمد رحمه الله؛ لأن فِعْلَ كلِّ الجنسِ متعذِّرٌ، فيُشترط أدناه.

---

(١) أي تسليمُ كلِّ شيءٍ علىٰ ما يليق بحاله.

وقال أبو يوسف رحمه الله : يزولُ مِلكُه بقوله : جعلتُه مسجداً .

ومَن جَعَلَ مسجداً تحتَه سِرْدابٌ، أو فوقَه بيتٌ، وجَعَلَ بابَ المسجد إلىٰ الطريق، وعَزَلَه عن مِلْكِه : فله أن يبيعَه، وإن مات : يورَثُ عنه .

وعن محمدٍ رحمه الله: أنه يُشترَطُ الصلاةُ بالجماعة؛ لأن المسجدَ يُبنَىٰ لذلك في الغالب.

(وقال أبو يوسف رحمه الله: يزولُ مِلكُه بقوله: جعلتُه مسجداً)؛ لأن التسليمَ عندَه ليس بشرطٍ؛ لأنه إسقاطٌ لملك العبد، فيصيرُ خالصاً لله تعالىٰ بسقوط حَقِّ العبد، وصار كالإعتاق، وقد بيَّنَّاه من قبل.

قال: (ومَن جعَلَ[1] مسجداً تحتَه سِرْدابٌ، أو فوقَه بيتٌ، وجَعَلَ بابَ المسجد إلىٰ الطريق، وعَزَلَه عن مِلْكِه[2]: فله أن يبيعَه، وإن مات: يورَثُ عنه)؛ لأنه لم يَخلُص لله تعالىٰ؛ لبقاء حقِّ العبد متعلِّقاً به.

ولو كان السِّرْدابُ لمَصالح المسجد: جاز، كما في مسجدِ بيت المقدس.

وروىٰ الحسنُ عنه أنه قال: إذا جُعِلَ السُّفْلُ مسجداً، وعلىٰ ظهره مَسكَنٌ: فهو مسجدٌ؛ لأن المسجدَ مما يتأبَّد، وذلك يتحقَّقُ في السُّفْل، دون العُلْو.

---

(١) وفي نُسخ: بنىٰ.

(٢) قوله: عن ملكه: مثبتٌ في بداية المبتدي ص٤١٣، وفي الهداية المضمنة في البناية ٩/٦٣٧، وكذلك في طبعات الهداية القديمة.

وكذلك إنِ اتخذَ وَسَطَ دارِه مسجداً، وأَذِنَ للناس بالدخول فيه.

وعن محمدٍ رحمه الله: أنه لا يُباعُ، ولا يوهَبُ، ولا يُورَثُ.

وعن محمدٍ رحمه الله: أنه على عكس هذا؛ لأن المسجدَ معظَّمٌ، وإذا كان فوقَه مَسكَنٌ، أو مُستَغَلٌّ[1]: يتعذَّر تعظيمُه.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه جَوَّزَ في الوجهَيْن حين قَدِمَ بغدادَ، ورأىٰ ضيقَ المنازل، فكأنه اعتبر الضرورةَ.

وعن محمدٍ رحمه الله: أنه حين دَخَلَ الرَّيَّ أجاز ذلك كلَّه؛ لِمَا قلنا.

قال: (وكذلك إنِ اتخذَ وَسَطَ دارِه مسجداً، وأَذِنَ للناس بالدخول فيه)، يعني له أن يبيعَه، ويُورَثُ عنه؛ لأن المسجدَ ما لا يكونُ لأحدٍ فيه حقُّ المنع.

وإذا كان مَلَكُه محيطاً بجوانبه: كان له حَقُّ المنع، فلم يَصِرْ مسجداً، ولأنه أبقىٰ الطريقَ لنفسه، فلم يَخلُص لله تعالىٰ.

(وعن محمدٍ رحمه الله: أنه لا يُباعُ، ولا يوهَبُ، ولا يُورَثُ)، اعتبره مسجداً.

وهكذا عن أبي يوسف رحمه الله أنه يصيرُ مسجداً؛ لأنه لَمَّا رضيَ بكونه مسجداً، ولا يصيرُ مسجداً إلا بالطريق: دَخَلَ فيه الطريقُ، وصار مستَحَقّاً، كما يدخلُ في الإجارةِ من غير ذِكْرٍ.

---

(١) أي شيءٌ يدرُّ الغلَّة، مثل بيت يؤجر.

ومَن اتخذ أرضَه مسجداً: لم يكن له أن يَرجعَ فيه، ولا يبيعَه، ولا يُورَثَ عنه.

ومَن بنىٰ سِقايةً للمسلمين، أو خاناً ليَسكُنَه بنو السبيل، أو رِباطاً، أو جَعَلَ أرضَه مَقبُرَةً: لم يَزُلْ مِلْكُه عن ذلك حتىٰ يَحكمَ به الحاكمُ . . . . . .

قال: (ومَن اتخذ أرضَه مسجداً: لم يكن له أن يَرجعَ فيه، ولا يبيعَه، ولا يُورَثَ عنه)؛ لأنه تحرَّرَ[1] عن حَقِّ العباد، وصار خالصاً لله تعالىٰ، وهذا لأن الأشياءَ كلَّها لله تعالىٰ.

وإذا أسقط العبدُ ما ثَبَتَ له من الحَقِّ: رجع إلىٰ أصلِه، فانقطع تصرُّفُه عنه، كما في الإعتاق.

ولو خَرِبَ ما حولَ المسجد، واستُغنِيَ عنه: يبقىٰ مسجداً عند أبي يوسف رحمه الله؛ لأنه إسقاطٌ منه، فلا يعودُ إلىٰ مِلْكِه.

وعند محمدٍ رحمه الله: يعودُ إلىٰ مِلْكِ الباني، أو إلىٰ وارثِه بعد موته؛ لأنه عيَّنَه لنوع قُرْبةٍ، وقد انقطعت، فصار كحصير المسجد، وحشيشِه[2] إذا استُغنِيَ عنه، إلا أن أبا يوسف رحمه الله يقول في الحصير والحشيش: إنه يُنقَلُ إلىٰ مسجدٍ آخَر.

قال: (ومَن بنىٰ سِقايةً للمسلمين، أو خاناً ليَسكُنَه بنو السبيل، أو رِباطاً، أو جَعَلَ أرضَه مَقبُرَةً: لم يَزُلْ مِلْكُه عن ذلك حتىٰ يَحكمَ به الحاكمُ

---

(١) وفي نُسخ: تجرَّد.

(٢) مما ينبت في أرض المسجد، مما له قيمةٌ ويباع.

عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعند أبي يوسف رحمه الله: يزولُ مِلْكُه بالقول.

وعند محمدٍ رحمه الله: إذا استقىٰ الناسُ من السِّقاية، وسكَنوا الخانَ والرِّباطَ، ودفَنوا في المقبرة: زال الملكُ.

عند أبي حنيفة رحمه الله)؛ لأنه لم ينقَطِعْ عنه حَقُّ العبد.

ألا يُرىٰ أن له أن يَنتفعَ به، فيَسكنَ في الخان، ويَنزلَ في الرِّباط، ويَشربَ من السِّقاية، ويُدفَنَ في المقبرة، فيُشترطُ حُكمُ الحاكمِ، أو الإضافةُ إلىٰ ما بعد الموت، كما في الوقفِ علىٰ الفقراء.

بخلاف المسجد؛ لأنه لم يبقَ له حَقُّ الانتفاع به، فخَلُص لله تعالىٰ من غير حُكْمِ الحاكم.

(وعند أبي يوسف رحمه الله: يزولُ مِلْكُه بالقول)؛ كما هو أصله، إذِ التسليمُ عنده ليس بشرطٍ، والوقفُ لازمٌ.

(وعند محمدٍ رحمه الله: إذا استقىٰ الناسُ من السِّقاية، وسكَنوا الخانَ والرِّباطَ، ودفَنوا في المقبرة: زال الملكُ)؛ لأن التسليمَ عنده شرطٌ، والشرطُ تسليمُ نوعِه، وذلك بما ذكرناه.

ويُكتفَىٰ بالواحد: لتعذُّر فِعْلِ الجنسِ كلِّه.

وعلىٰ هذا: البئرُ الموقوفةُ، والحوضُ.

ولو سَلَّمَ[1] إلىٰ المتولِّي: صحَّ التسليمُ في هذه الوجوه كلِّها؛ لأنه

---

(١) وفي نُسخ: سُلِّمَ: بالمبني للمجهول.

. . . .

نائبٌ عن الموقوف عليه، وفِعْلُ النائبِ: كفعل المَنوب عنه.

وأما في المسجد: فقد قيل: لا يكونُ تسليماً؛ لأنه لا تدبيرَ للمتولي فيه.

وقيل: يكون تسليماً؛ لأنه يُحتاجُ إلىٰ مَن يكنُسُه، ويُغلِقُ بابَه، فإذا سُلِّمَ إليه: صحَّ التسليم.

والمقبرةُ في هذا: بمنزلة المسجد، علىٰ ما قيل؛ لأنه لا متولِّيَ له عرفاً.

وقيل: هي بمنزلة السِّقاية، والخانِ، فيصحُّ التسليمُ إلىٰ المتولي؛ لأنه لو نَصَبَ المتوليَ: يصحُّ وإن كان بخلاف العادة.

ولو جَعَلَ داراً له بمكةَ سُكنىً لحاجِّ بيتِ الله والمعتمرين، أو جَعَلَ دارَه في غير مكةَ سكنىً للمساكين، أو جَعَلَها في ثَغْرٍ من الثُّغور سكنىً للغُزَاة والمُرابطين، أو جَعَلَ غَلَّةَ أرضِه للغُزَاة في سبيل الله تعالىٰ، ودَفَعَ ذلك إلىٰ والٍ يقومُ عليه: فهو جائزٌ، ولا رجوعَ فيها؛ لِمَا بيَّنَّا.

إلا أن في الغَلَّةَ: تَحِلُّ للفقراء، دون الأغنياء.

وفيما سواه، من سُكنىٰ الخان، والاستقاءِ من البئر والسِقاية، وغيرِ ذلك: يستوي فيه الغنيُّ والفقير.

والفارقُ: هو العُرْفُ بين في الفصلين، فإنَّ أهلَ العُرفِ يريدون بذلك في الغلَّةِ: الفقراءَ، وفي غيرِها: التسويةَ بينهم وبين الأغنياء.

ولأن الحاجةَ تشملُ الغنيَّ والفقيرَ في الشُّرْب والنزولِ، والغنيُّ لا يَحتاجُ إلىٰ صَرْفِ هذا الغلَّة؛ لغِناه، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

كتاب البيوع

البيعُ ينعقدُ بالإيجابِ والقَبُول، إذا كانا بلفظِ الماضي.

وإذا أوجب أحدُ المتعاقدين البيعَ، فالآخَرُ بالخيار: إن شاء قَبِلَ في المجلس، وإن شاء رَدَّه.

كتاب البيوع

قال: (البيعُ ينعقدُ بالإيجابِ والقَبُول، إذا كانا بلفظِ الماضي)، مثلُ أن يقولَ أحدُهما: بِعْتُ، والآخَرُ يقولُ: اشتريتُ؛ لأن البيعَ إنشاءُ تصرُّفٍ، والإنشاءُ يُعرَفُ بالشرع، والموضوعُ للإخبار قد استُعمل فيه، فينعقدُ به.

ولا ينعقدُ بلفظَيْن أحدُهما لفظُ المستقبلِ، والآخَرُ لفظُ الماضي[١]، بخلاف النكاحِ، وقد مرَّ الفرقُ هناك.

وقولُه: رضيتُ بكذا، أو أعطيتُك بكذا، أو خُذْهُ بكذا: في معنىٰ قولِه: بعتُ واشتريتُ؛ لأنه يؤدي معناه، والمعنىٰ هو المعتَبَرُ في هذه العقود.

ولهذا ينعقدُ بالتعاطي في النَّفِيس والخَسيسِ، هو الصحيح؛ لتحقُّق المراضاة.

قال: (وإذا أوجب أحدُ المتعاقدين البيعَ، فالآخَرُ بالخيار: إن شاء قَبِلَ في المجلس، وإن شاء رَدَّه).

---

(١) قوله: والآخَر لفظ الماضي: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

وأيُّهما قام عن المجلس قَبْلَ القَبول : بَطَلَ الإيجابُ.

وإذا حَصَلَ الإيجابُ والقَبولُ : لَزِمَ البيعُ، ولا خيارَ لواحدٍ منهما، . .

وهذا خيارُ القَبُول؛ لأنه لو لم يثبت له الخيار: يلزمُه حُكْمُ العقد من غير رضاه.

وإذا لم يُفِدِ الحكمَ بدون قَبُولِ الآخَر: فللموجِبِ أن يرجِعَ عنه قبلَ قبولِه؛ لخُلُوِّه[1] عن إبطال حَقِّ الغير.

وإنما يمتدُّ إلىٰ آخِرِ المجلس؛ لأن المجلسَ جامِعٌ للمتفرِّقات، فاعتُبِرت ساعاتُه ساعةً واحدةً؛ دفعاً للعُسر، وتحقيقاً لليُسْر.

والكتابُ: كالخطَاب.

وكذا الإرسالُ، حتىٰ اعتُبِر مجلسُ بلوغِ الكتابِ، وأداءِ الرسالة.

وليس له أن يَقبلَ في بعضِ المَبيع.

ولا أن يَقبَلَ المشتَرَىٰ ببعض الثمن؛ لعدم رضا الآخَرِ بتفرُّق الصفقة، إلا إذا بُيِّنَ ثمنُ كلِّ واحدٍ؛ لأنه صَفَقَاتٌ معنىً.

قال: (وأيُّهما قام عن المجلس قَبْلَ القَبول: بَطَلَ الإيجابُ)؛ لأن القيامَ دليلُ الإعراضِ والرجوعِ، وله ذلك، علىٰ ما ذكرناه.

قال: (وإذا حَصَلَ الإيجابُ والقَبولُ: لَزِمَ البيعُ، ولا خيارَ لواحدٍ منهما،

---

(١) وفي نُسخ: لعَرائه.

إلا من عيبٍ، أو عدمِ رؤيةٍ.

والأعواضُ المُشارُ إليها لا يُحتاجُ إلىٰ معرفة مقدارِها في جواز البيع.

والأثمانُ المُطلَقةُ لا تصحُّ إلا أن تكونَ معروفةَ القَدْر والصفةِ.

إلا من عيبٍ، أو عدمِ رؤيةٍ).

وقال الشافعي[1] رحمه الله: يثبتُ لكلِّ واحدٍ منهما خيارُ المجلس؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «المتبايعان بالخيار ما لم يَتفرَّقا»[2].

ولنا: أن في الفسخ إبطالَ حَقِّ الآخَرِ، فلا يجوز.

والحديثُ: محمولٌ علىٰ خيارِ القبول، وفيه إشارةٌ إليه، فإنهما متبايعان حالةَ المباشرة، لا بعدَها، أو يَحتمِلُه، فيُحمَلُ عليه.

والتفرُّق فيه: تفرُّقُ الأقوال.

قال: (والأعواضُ المُشارُ إليها لا يُحتاجُ إلىٰ معرفة مقدارِها في جواز البيع)؛ لأن بالإشارة كفايةً في التعريف، وجهالةُ الوصف فيه لا تُفضي إلىٰ المنازعة.

قال: (والأثمانُ المُطلَقةُ لا تصحُّ إلا أن تكونَ معروفةَ القَدْر والصفةِ)؛ لأن التسليمَ والتسلُّمَ واجبٌ بالعقد، وهذه الجهالةُ مفضِيةٌ إلىٰ المنازعة، فيَمتنعُ التسليمُ والتسلُّمُ، وكلُّ جهالةٍ هذه صفتُها: تمنعُ الجوازَ، هذا هو الأصلُ.

---

(١) أسنىٰ المطالب ٢/٤٨.

(٢) صحيح البخاري (٢١٠٨)، صحيح مسلم (١٥٣١).

ويجوزُ البيعُ بثمنٍ حالٍّ ومؤجَّلٍ إذا كان الأجلُ معلوماً.

ومَن أطلق الثمنَ في البيع : كان علىٰ غالِبِ نَقْدِ البلد.

فإن كانتِ النقودُ مختلِفةً : فالبيعُ فاسدٌ، إلا أن يُبيِّنَ أحدَها.

قال: (ويجوزُ البيعُ بثمنٍ حالٍّ ومؤجَّلٍ[1] إذا كان الأجلُ معلوماً).

لإطلاق قولِه تعالىٰ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾. البقرة/٢٧٥.

وعن النبيِّ عليه الصلاة والسلام أنه اشترىٰ من يهوديٍّ طعاماً[2] إلىٰ أجلٍ معلومٍ، ورَهَنَه دِرْعَه[3].

ولا بدَّ أن يكونَ الأجلُ معلوماً؛ لأن الجهالةَ فيه مانعةٌ من التسليم الواجب بالعقد، فهذا يطالبُه به[4] في قريبِ المدة، وهذا يُسلِّمُه في بعيدها.

قال: (ومَن أطلق الثمنَ في البيع: كان علىٰ غالِبِ نَقْدِ البلد)؛ لأنه هو المتعارَفُ، وفيه التحرِّي للجواز، فيُصرَفُ إليه.

قال: (فإن كانتِ النقودُ مختلِفةً: فالبيعُ فاسدٌ، إلا أن يُبيِّنَ أحدَها).

وهذا إذا كان الكلُّ في الرَّوَاج سواءً؛ لأن الجهالةَ مفضيةٌ إلىٰ المنازعة، إلا أنْ ترتفعَ الجهالةُ بالبيان، أو يكونَ أحدُهما أغلبَ وأروجَ: فحينئذٍ يُصرَفُ إليه؛ تحرِّياً للجواز.

---

(١) وفي نُسخ: أو مؤجَّل.

(٢) وفي نُسخ: ثوباً، وفي أخرىٰ: شيئاً.

(٣) صحيح البخاري (٢٢٥٢)، صحيح مسلم (١٦٠٣)، وفيهما: لفظ: طعاماً.

(٤) أي البائع يطالب المشتري بالثمن. البناية ١٠/٣٢.

ويجوزُ بيعُ الطعامِ، والحُبُوبِ مكايلةً، ومجازفةً.

ويجوزُ بإناءٍ بعَيْنه لا يُعرَفُ مقدارُه، وبوَزْنِ حَجَرٍ بعَيْنه لا يُعرَفُ مقدارُه.

وهذا إذا كانت مختلفةً في المالية، فإن كانت سواءً فيها، كالثنائيِّ والثلاثيِّ والنُّصْرَتيِّ اليومَ بسَمَرْقَنْدَ، والاختلافِ بين العَدَاليِّ[١] بفَرْغانة[٢]: جاز البيعُ إذا أُطلقَ اسمُ الدرهم، كذا قالوا[٣]، ويَنصرفُ إلىٰ ما قُدِّرَ به من أيِّ نوعٍ كان؛ لأنه لا منازعةَ، ولا اختلافَ في المالية.

قال: (ويجوزُ بيعُ الطعامِ، والحُبُوبِ مكايلةً، ومجازفةً).

وهذا إذا باعه بخلاف جنسه؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف النوعان: فبِيعوا كيف شئتُم بعد أن يكون يداً بيدٍ»[٤].

بخلاف ما إذا باعه بجنسه مجازَفَةً؛ لِمَا فيه من احتمالِ الربا.

ولأن الجهالةَ غيرُ مانعةٍ من التسليم والتسلُّمِ، فشابَهَ جهالةَ القيمة.

قال: (ويجوزُ بإناءٍ بعَيْنه لا يُعرَفُ مقدارُه، وبوَزْنِ حَجَرٍ بعَيْنه لا يُعرَفُ مقدارُه).

---

(١) في لغة فقهاء ما وراء النهر يسمون الدرهم: عدالياً، وأما الثنائي وما بعده فهي أسماءٌ عُرفت في زمنهم. ينظر البناية ١٠/٣٣.

(٢) وهي بلادُ المصنِّفِ الإمامِ المرغيناني رحمه الله، ومَرْغِينان: مدينةٌ من ولاية فرغانة، كما تقدم في ترجمة المصنِّف.

(٣) أي المتأخرون من المشايخ رحمهم الله.

(٤) غريب بهذا اللفظ، كما في نصب الراية ٤/٤، لكن في مسلم (١٥٨٧) وغيره: «إذا اختلفت هذه الأصناف: فبيعوا كيف شئتم».

ومَن باع صُبْرَةَ طعامٍ، كلَّ قَفِيزٍ بدرهمٍ : جاز البيعُ في قَفِيزٍ واحدٍ عند أبي حنيفة رحمه الله، إلا أن يُسَمِّيَ جُملةَ قُفْزَانِها، وقالا : يجوز في الوجهَيْن.

لأن الجهالةَ لا تُفضي إلىٰ المنازعة؛ لِمَا أنه يَتعجَّلُ فيه التسليمُ، فيَنْدُرُ هلاكُه قبلَه.

بخلاف السَّلَم؛ لأن التسليمَ فيه متأخِّرٌ، والهلاكُ ليس بنادرٍ قبلَه، فتتحقَّقُ المنازعة.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا يجوز في البيع أيضاً، والأولُ أصحُّ وأظهرُ.

قال: (ومَن باع صُبْرَةَ طعامٍ، كلَّ قَفِيزٍ بدرهمٍ: جاز البيعُ في قَفِيزٍ واحدٍ عند أبي حنيفة رحمه الله، إلا أن يُسَمِّيَ جُملةَ[1] قُفْزَانِها، وقالا: يجوز في الوجهَيْن).

له: أنه تعذَّرَ الصرفُ إلىٰ الكلِّ؛ لجهالة المَبيع والثمنِ، فيُصرَفُ إلىٰ الأقلِّ، وهو معلومٌ، إلا أنْ تزولَ الجهالةُ بتسمية جميعِ القُفْزان، أو بالكيل في المجلس.

وصار[2] هذا كما لو أقرَّ، وقال: لفلانٍ عليَّ كلُّ درهمٍ: فعليه درهمٌ واحدٌ، بالإجماع.

---

(١) وفي نُسخ: جميعَ.

(٢) من قوله: وصار...، إلىٰ قوله: بالإجماع: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

ومَن باع قطيعَ غنَمٍ، كلَّ شاةٍ بدرهمٍ: فَسَدَ البيعُ في جميعها عند أبي حنيفة رحمه الله.

وكذلك مَن باع ثوباً مُذارَعةً، كلَّ ذراعٍ بدرهمٍ، ولم يُسمِّ جملةَ الذُّرْعان.

ولهما: أن الجهالةَ: بيدِهما إزالتُها، ومثلُها غيرُ مانعٍ.

كما إذا باع عبداً من عبدين، لا علىٰ التعيين ، علىٰ أن المشتريَ بالخيار؛ لأنه لا يُفضي إلىٰ المنازعة، وهو وجهُ الجمع بين المسألتين.

ثم إذا جاز في قفيزٍ واحدٍ عند أبي حنيفة رحمه الله: فللمشتري الخيارُ؛ لتفرُّقِ الصَّفْقَة عليه.

وكذا إذا كِيْلَ في المجلس، أو سمَّىٰ جملةَ قُفْزانها؛ لأنه عَلِمَ ذلك الآن، فله الخيارُ، كما إذا رآه، ولم يكن رآه وقتَ البيع.

قال: (ومَن باع قطيعَ غنَمٍ، كلَّ شاةٍ بدرهمٍ: فَسَدَ البيعُ في جميعها عند أبي حنيفة رحمه الله.

وكذلك مَن باع ثوباً مُذارَعةً، كلَّ ذراعٍ بدرهمٍ، ولم يُسمِّ جملةَ الذُّرْعان)، وكذا كلُّ معدودٍ متفاوتٍ.

وعندهما: يجوز في الكلِّ؛ لِمَا قلنا.

وعنده: يَنصرِفُ إلىٰ الواحد؛ لِمَا بيَّنَّا.

غيرَ أن بيعَ شاةٍ من قَطِيعِ غنمٍ، وذِراعٍ من ثوبٍ: لا يجوزُ؛ للتفاوت.

وبيعُ قَفِيزٍ من صُبْرةٍ: يجوز؛ لعدم التفاوت، فلا تُفضِي الجهالةُ إلىٰ المنازعة فيه، وتُفضِي إليها في الأول، فوَضَحَ الفرقُ.

ومَن ابتاع صُبْرَةً، علىٰ أنها مائةُ قفيزٍ، بمائة درهمٍ، فوَجَدَها أقلَّ: كان المشتري بالخيار: إن شاء أَخَذَ الموجودَ بحِصَّته من الثمن، وإن شاء فَسَخَ البيعَ، وإن وَجَدَها أكثرَ: فالزيادةُ للبائع.

ومَن اشترىٰ ثوباً علىٰ أنه عشرةُ أذرعٍ، بعشرةِ دراهم، أو أرضاً علىٰ أنها مائةُ ذراعٍ، بمائةِ درهمٍ، فوَجَدَها أقلَّ: فالمشتري بالخيار: إن شاء أَخَذَها بجُملة الثمن، وإن شاء تَرَكَ.

قال: (ومَن ابتاع صُبْرَةً، علىٰ أنها مائةُ قفيزٍ، بمائة درهمٍ، فوَجَدَها أقلَّ: كان المشتري بالخيار: إن شاء أَخَذَ الموجودَ بحِصَّته من الثمن، وإن شاء فَسَخَ البيعَ)؛ لتفرُّق الصَّفْقةِ عليه قبلَ التمام[1]، فلم يَتِمَّ رضاه بالموجود.

(وإن وَجَدَها أكثرَ: فالزيادةُ للبائع)؛ لأن البيعَ وَقَعَ علىٰ مقدارٍ معلومٍ معيَّنٍ، والقدرُ ليس بوَصْفٍ.

قال: (ومَن اشترىٰ ثوباً علىٰ أنه عشرةُ أذرعٍ، بعشرةِ دراهم، أو أرضاً علىٰ أنها مائةُ ذراعٍ، بمائةِ درهمٍ، فوَجَدَها أقلَّ: فالمشتري بالخيار: إن شاء أَخَذَها بجُملة الثمن، وإن شاء تَرَكَ).

لأن الذَّرْعَ وَصْفٌ في الثوب؛ ألا يُرىٰ أنه عبارةٌ عن الطُّوْل والعَرْض، والوصفُ لا يقابِلُه شيءٌ من الثمن، كأطراف الحيوان، فلهذا يأخذُه بكلِّ الثمن.

---

(١) قوله: قبل التمام: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

وإن وَجَدَها أكثرَ من الذِّرْع الذي سمَّاه: فهو للمشتري، ولا خيارَ للبائع.

ولو قال: بعتُكَهَا علىٰ أنها مائةُ ذراعٍ، بمائة درهمٍ، كلَّ ذراعٍ بدرهمٍ، فوَجَدَها ناقصةً، فالمشتري بالخيار: إن شاء أَخَذَها بحِصَّتها من الثمن، وإن شاء تَرَكَ.

وإن وَجَدَها زائدةً: فهو بالخيار: إن شاء أَخَذَ الجميعَ كلَّ ذراعٍ بدرهم، وإن شاء فَسَخَ البيعَ.

بخلاف الفصلِ الأول؛ لأن المقدارَ يقابِلُه الثمنُ، فلهذا يأخذُه بحصته من الثمن، إلا أنه يتخيَّر؛ لفوات الوصف المذكور؛ لتغيُّر المعقودِ عليه، فيختلُّ الرضا.

قال: (وإن وَجَدَها أكثرَ من الذِّرْع الذي سمَّاه: فهو للمشتري، ولا خيارَ للبائع)؛ لأنه صفةٌ، فكان بمنزلةِ ما إذا باعه مَعِيباً، فإذا هو سليمٌ.

قال: (ولو قال: بعتُكَهَا علىٰ أنها مائةُ ذراعٍ، بمائة درهمٍ، كلَّ ذراعٍ بدرهمٍ، فوَجَدَها ناقصةً، فالمشتري بالخيار: إن شاء أَخَذَها بحِصَّتها من الثمن، وإن شاء تَرَكَ)؛ لأن الوصفَ وإن كان تابعاً لكنه صار أصلاً بإفراده بذِكْر الثمن، فيُنزَّلُ كلُّ ذراعٍ منزلةَ ثوبٍ.

وهذا لأنه لو أَخَذَه بكلِّ الثمن: لم يكن آخِذاً لكلِّ ذراعٍ بدرهم.

قال: (وإن وَجَدَها زائدةً: فهو بالخيار: إن شاء أَخَذَ الجميعَ كلَّ ذراعٍ بدرهم، وإن شاء فَسَخَ البيعَ).

ومَن اشترىٰ عشرةَ أذرعٍ من مائة ذراعٍ من دارٍ، أو حَمَّامٍ: فالبيعُ فاسدٌ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: هو جائزٌ.

وإن اشترىٰ عشرةَ أسهمٍ من مائةِ سهمٍ: جاز، في قولهم جميعاً.

لأنه إن حَصَلَتْ له الزيادةُ في الذَّرْع[1]: تلزمُه زيادةُ الثمن، فكان نفعاً يشوبُه ضررٌ، فيتخيَّر.

وإنما تلزمُه الزيادةُ: لِمَا بيَّنَّا أنه صار أصلاً، ولو أَخَذَه بالأقل: لم يكن آخِذاً بالمشروط.

قال: (ومَن اشترىٰ عشرةَ أذرعٍ من مائة ذراعٍ من دارٍ، أو حَمَّامٍ: فالبيعُ فاسدٌ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: هو جائزٌ.

وإن اشترىٰ عشرةَ أسهمٍ من مائةِ سهمٍ: جاز، في قولهم جميعاً).

لهما: أن عشرةَ أذرعٍ من مائة ذراع: عُشْرُ الدار، فأشبه عشرةَ أسهمٍ من مائةِ سهم.

وله: أن الذراعَ اسمٌ لِمَا يُذرَعُ به، واستُعيرَ لِمَا يَحُلُّه الذراعُ، وهو المُعيَّنُ، دونَ المُشاع، وذلك غيرُ معلومٍ، بخلاف السهم.

ولا فَرْقَ عند أبي حنيفة رحمه الله بين ما إذا عَلِمَ جملةَ الذُّرْعان، أو لم يَعلَم، وهو الصحيحُ.

خلافاً لِمَا يقولُه الخصَّافُ رحمه الله؛ لبقاء الجهالة في المبيع.

---

(١) وفي نُسخ: في المَبيع.

ولو اشترىٰ عِدْلاً علىٰ أنه عشرةُ أثوابٍ، فإذا هو تسعةٌ، أو أحدَ عشر : فَسَدَ البيعُ.

ولو بَيَّنَ لكلِّ ثوبٍ ثمناً : جاز في فصل النقصان بقَدْره، وله الخيارُ، ولم يَجُزْ في الزيادة.

ولو اشترىٰ ثوباً واحداً علىٰ أنه عشرةُ أذرعٍ، كلَّ ذراعٍ بدرهم، . . . . .

قال: (ولو اشترىٰ عِدْلاً علىٰ أنه عشرةُ أثوابٍ، فإذا هو تسعةٌ، أو أحدَ عشر: فَسَدَ البيعُ)؛ لجهالة المَبيعِ، أو الثمن.

قال: (ولو بَيَّنَ لكلِّ ثوبٍ ثمناً: جاز في فصلِ النقصان بقَدْره[1]، وله الخيارُ، ولم يَجُزْ في الزيادة)؛ لجهالة العشرةِ المَبيعة.

وقيل: عند أبي حنيفة رحمه الله: لا يجوزُ في فصل النقصان أيضاً، وليس بصحيحٍ.

بخلاف ما إذا اشترىٰ ثوبين علىٰ أنهما هَرَوِيَّان، فإذا أحدُهما مَرْوِيٌّ؛ حيث لا يجوزُ فيهما وإن بَيَّنَ ثمنَ كلِّ واحدٍ منهما؛ لأنه جَعَلَ القبولَ في المَرْوِيِّ شَرْطاً لجواز[2] العقد في الهَرَوي، وهو شَرْطٌ فاسدٌ، ولا قبولَ يُشترطُ في المعدوم، فافترقا.

قال: (ولو اشترىٰ ثوباً واحداً علىٰ أنه عشرةُ أذرعٍ، كلَّ ذراعٍ بدرهم،

---

(١) لتفرُّق الصفقة عليه.

(٢) وفي نُسخ: لصحة.

فإذا هو عشرةٌ ونصفٌ، أو تسعةٌ ونصفٌ: قال أبو حنيفة رحمه الله في الوجه الأول: يأخذُه بعشرةٍ، من غير خيارٍ، وفي الوجه الثاني: يأخذُه بتسعةٍ إن شاء.

وقال أبو يوسف رحمه الله في الوجه الأول: يأخذُه بأحدَ عشرَ إن شاء، وفي الوجه الثاني: يأخذُه بعشرةٍ إن شاء.

وقال محمدٌ رحمه الله: في الوجه الأول يأخذُه بعشرةٍ ونصفٍ إن شاء، وفي الوجه الثاني: بتسعةٍ ونصفٍ، ويُخيَّرُ.

فإذا هو عشرةٌ ونصفٌ، أو تسعةٌ ونصفٌ: قال أبو حنيفة رحمه الله في الوجه الأول: يأخذُه بعشرةٍ، من غير خيارٍ، وفي الوجه الثاني: يأخذُه بتسعةٍ إن شاء.

وقال أبو يوسف رحمه الله في الوجه الأول: يأخذُه بأحدَ عشرَ إن شاء، وفي الوجه الثاني: يأخذُه بعشرةٍ إن شاء.

وقال محمدٌ رحمه الله: في الوجه الأول يأخذُه بعشرةٍ ونصفٍ إن شاء، وفي الوجه الثاني: بتسعةٍ ونصفٍ، ويُخيَّرُ)؛ لأن مِن ضرورة مقابلةِ الذراع بالدرهم: مقابلةَ نصفِه بنصفِه، فيجري[1] عليه حكمُها.

ولأبي يوسف رحمه الله: أنه لَمَّا أَفرَدَ كلَّ ذراعٍ ببدلٍ: نُزِّلَ كلُّ ذراعٍ منزلةَ ثوبٍ علىٰ حِدَةٍ، وقد انتَقَصَ.

---

(١) وفي نُسخ: فيُجزأ. قلت: أي النصف. من حاشية نسخة ٧٩٧هـ.

. . . .

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الذَّرْعَ[١] وَصْفٌ في الأصل، وإنما أَخَذَ حكمَ المقدارِ بالشرط، وهو مقيَّدٌ بالذراع، فعند عدمِه: عاد الحكمُ إلىٰ الأصل.

وقيل: في الكِرْباس الذي لا تتفاوتُ جوانبُه: لا يَطِيْبُ للمشتري ما زاد علىٰ المشروط؛ لأنه بمنزلة الموزون، حيث لا يَضرُّه الفصل.

وعلىٰ هذا قالوا[٢]: يجوز بَيْعُ ذراعٍ منه، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) وفي نُسخ: الذراع. قلت: وما أثبتُّه هو المصحَّح.

(٢) أي المشايخ رحمهم الله.

فصلٌ

ومَن باع داراً: دَخَلَ بناؤها في البيع وإن لم يُسَمِّه.

ومَن باع أرضاً: دَخَلَ ما فيها من النخل والشجرِ وإن لم يُسَمِّه.

ولا يَدخُلُ الزرعُ في بيع الأرض، إلا بالتسمية.

ومَن باع نخلاً، أو شجراً فيه ثمرٌ: فثمرتُه للبائع، إلا أن يَشترِطَها المُبتاعُ.

فصلٌ

في بيان ما يدخلُ تحت البيع

قال: (ومَن باع داراً: دَخَلَ بناؤها في البيع وإن لم يُسَمِّه)؛ لأن اسمَ الدارِ يتناولُ العَرْصةَ والبناءَ في العُرْف.

ولأنه متصلٌ بها[1] اتصالَ قرارٍ، فيكون تَبَعاً لها.

قال: (ومَن باع أرضاً: دَخَلَ ما فيها من النخل والشجرِ وإن لم يُسَمِّه)؛ لأنه متصلٌ بها للقرار، فأشبه البناءَ.

قال: (ولا يَدخُلُ الزرعُ في بيع الأرض، إلا بالتسمية)؛ لأنه متصلٌ بها للفصل، فشابَهَ المتاعَ الذي فيها.

قال: (ومَن باع نخلاً، أو شجراً فيه ثمرٌ: فثمرتُه للبائع، إلا أن يَشترِطَها المُبتاعُ).

---

(١) هكذا: بها: بالتأنيث في طبعات الهداية القديمة، أي بالعرصة، وفي النسخ الخطية: به. والتقدير: متصل بمكانِ العرصة.

ويُقالُ للبائع : اِقْطَعْها ، وسلِّمِ المَبيعَ .

لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن اشترىٰ أرضاً فيها نخلٌ: فالثمرةُ للبائع ، إلا أن يَشترِطَها المُبتاعُ»[1].

ولأن الاتصالَ وإن كان خِلْقةً: فهو للقطع ، لا للبقاء ، فصار كالزرع.

قال: (ويُقالُ للبائع : اِقطَعْها ، وسلِّمِ المَبيعَ).

وكذا إذا كان فيها زرعٌ؛ لأن مِلْكَ المشتري مشغولٌ بملك البائع ، فكان عليه تفريغُه وتسليمُه ، كما إذا كان فيه متاعٌ.

وقال الشافعيُّ[2] رحمه الله: يُترَكُ حتىٰ يَظهرَ صلاحُ الثَّمَرِ ، ويَستحْصِدَ الزرعُ[3] ؛ لأن الواجبَ إنما هو التسليمُ المعتادُ ، وفي العادة أن لا يُقطَعَ كذلك ، وصار كما إذا انقضت مدةُ الإجارةِ والزرعُ في الأرض باقٍ.

قلنا: هناك التسليمُ واجبٌ أيضاً ، حتىٰ يُترَكُ بأجرٍ ، وتسليمُ العوض: كتسليم المُعوَّض.

ولا فرقَ بين ما إذا كان الثَّمَرُ بحالٍ له قيمةٌ ، أو لم تكن ، في الصحيح.

ويكونُ في الحالَيْن للبائع؛ لأن بيعَه[4] يجوزُ ، في أصح الروايتَيْن ،

---

(١) قال في الدراية ١٤٧/٢ : لم أجده ، وإنما المعروف حديث ابن عمر: «مَن باع نخلاً قد أُبِّرت: فالثمرة للبائع ، إلا أن يشترط المبتاع»: في صحيح البخاري (٢٢٠٤)، صحيح مسلم (١٥٤٣).

(٢) أسنىٰ المطالب ١٠١/٢.

(٣) وضُبطت في نُسخ: ويُستَحْصَدَ الزرعُ. أي حان له أن يُحصَد. البناية ٥٨/١٠.

(٤) أي منفرداً.

. . . .

علىٰ ما نُبيِّن، فلا يدخلُ في بيع الشجر من غير ذِكْرٍ.

وأما إذا بِيعَت الأرضُ، وقد بَذَرَ فيها صاحبُها، ولم يَنبُتْ بعدُ: لم يدخلْ فيه[1]؛ لأنه مودَعٌ فيها، كالمتاع.

ولو نَبَتَ، ولم تَصِرْ له قيمةٌ: فقد قيل[2]: لا يدخلُ فيه، وقد قيل[3]: يدخلُ فيه.

وكأنَّ هذا بناءٌ علىٰ الاختلافِ في جواز بيعِه قبلَ أن تنالَه المَشَافِرُ[4] والمَنَاجِلُ[5].

ولا يدخلُ الزرعُ والثمرُ بذِكْرِ الحقوق والمَرافق؛ لأنهما ليسا منهما.

ولو قال: بكلِّ قليلٍ وكثيرٍ هو له فيها ومنها من حقوقها، أو قال: من مرافقها: لم يدخلا فيه[6]؛ لِمَا قلنا.

---

(١) أي في البيع.

(٢) وهو قول أبي القاسم الصفار أحمد بن عصمة رحمه الله (٣٢٦هـ).

(٣) وهو قول أبي بكر الإسكاف رحمه الله (ت ٣٣٣هـ).

(٤) جمع: مِشْفَر البعير: أي شَفَتُه.

(٥) جمع: مِنْجَل: وهو ما يُحصَد به الزرع.

يعني فمَن جوَّز بيعَه قبل أن تناله المشافر والمناجل: لم يجعله تابعاً لغيره، ومَن لم يجوِّزه: جعله تابعاً. البناية ١٠/ ٦٠.

(٦) وفي نُسخ علىٰ العكس: يدخلان فيها. وفي العناية ٦/ ٢٨٦ ما يدل علىٰ أن الصواب: لا يدخلان، أي الزرع والثمر، وكذلك في البناية ١٠/ ٦١.

ومَن باع ثمرةً لم يَبْدُ صلاحُها، أو قد بدا: جاز البيعُ، وعلىٰ المشتري قَطْعُها في الحال.

وإن شَرَطَ تَرْكَها علىٰ النخيل: فَسَدَ البيعُ.

وإن لم يقُلْ: من حقوقِها، أو من مَرَافقها: دَخَلا فيه.

وأما الثمرُ المجذوذُ[١]، والزرعُ المحصودُ: فهو بمنزلة المتَاع، لا يدخلُ إلا بالتصريح به.

قال: (ومَن باع ثمرةً لم يَبْدُ صلاحُها، أو قد بدا: جاز البيعُ)؛ لأنه مالٌ متقوِّمٌ، إما لكونه منتَفَعاً به في الحال، أو في الثاني[٢].

وقد قيل: لا يجوزُ قبلَ أن يَبدُوَ صلاحُها، والأولُ أصحُّ.

(وعلىٰ المشتري قَطْعُها في الحال)؛ تفريغاً لملك البائع، وهذا إذا اشتراها مطلقاً، أو بشرط القطع.

قال: (وإن شَرَطَ تَرْكَها علىٰ النخيل: فَسَدَ البيعُ)؛ لأنه شَرْطٌ لا يقتضيه العقدُ، وهو شَغْلُ مِلْكِ الغير، أو هو صفقةٌ في صفقةٍ، وهو إعارةٌ، أو إجارةٌ في بيع.

وكذا بيعُ الزرعِ بشرط التركِ في الأرض؛ لِمَا قلنا.

وكذا إذا تناهىٰ عِظَمُها[٣] عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله؛

---

(١) بذالين معجمتين، ويجوز بمهملتين؛ لأن كليهما بمعنىً واحدٍ، وهو المقطوع.

(٢) أي حال لم يبدُ صلاحها. وفي نُسخ: المآل: بدل: الثاني. البناية ١٠/٦٣.

(٣) أي وشَرَطَ فيها التركَ.

. . . .

لِمَا قلنا، واستحسنه محمدٌ رحمه الله؛ للعادة.

بخلاف ما إذا لم يتناهَ عِظَمُها؛ لأنه شَرَطَ فيه الجزءَ المعدومَ، وهو الذي يزيدُ بمعنىً من الأرض والشجر.

ولو اشتراها مطلقاً، وتَركَها بإذن البائع: طاب له الفضلُ.

وإن تَركَها بغير إذنه: تصدَّق بما زاد في ذاته؛ لحصوله بجهةٍ محظورةٍ.

وإن تَركَها بعد ما تناهىٰ عِظَمُها: لم يتصدَّقْ بشيءٍ؛ لأن هذا تغيَّرُ حالةٍ، لا تحقُّقُ زيادةٍ.

وإن اشتراها مطلقاً، وتَركَها علىٰ النخيل، وقد استأجر النخيلَ إلىٰ وقتِ الإدراك: طابَ له الفضلُ؛ لأن الإجارةَ باطلةٌ؛ لعدم التعارفِ والحاجة، فبقيَ الإذنُ معتَبَراً.

بخلاف ما إذا اشترىٰ الزرعَ، واستأجر الأرضَ إلىٰ أن يُدرِكَ[1]، وتَركَه، حيثُ لا يَطِيبُ له الفضلُ؛ لأن الإجارةَ فاسدةٌ؛ للجهالة، فأورثتْ خُبْثاً[2].

ولو اشتراها مطلقاً، فأثمرتْ ثمراً آخَرَ قبلَ القبض: فسد البيعُ؛ لأنه لا يُمكِنُه تسليمُ المبيعِ؛ لتعذُّر التمييز.

---

(١) أي يدرك الزرعُ.

(٢) وسبيلُه: التصدق. البناية ١٠/٦٥.

ولا يجوزُ أن يبيعَ ثمرةً، ويستثنيَ منها أرطالاً معلومةً.

ولو أثمرت[(١)] بعد القبض: يشتركان فيه؛ للاختلاط، والقولُ قولُ المشتري في مقداره؛ لأنه في يده.

وكذا في الباذنجان، والبِطِّيخ.

والمَخْلَص[(٢)]: أن يشتريَ الأصولَ؛ لتحصلَ الزيادةُ علىٰ مِلْكِه.

قال: (ولا يجوزُ أن يبيعَ ثمرةً، ويستثنيَ منها أرطالاً معلومةً).

خلافاً لمالك[(٣)] رحمه الله؛ لأن الباقيَ بعدَ الاستثناءِ مجهولٌ.

بخلاف ما إذا باع واستثنىٰ نخلاً معيَّناً؛ لأن الباقيَ معلومٌ بالمشاهدة.

قال رضي الله عنه: قالوا[(٤)]: هذه[(٥)] روايةُ الحسن رحمه الله، وهو قولُ الطحاويِّ رحمه الله.

أما علىٰ ظاهر الرواية: ينبغي أن يجوزَ؛ لأن الأصلَ: أنَّ ما يجوزُ إيرادُ العقدِ عليه بانفراده: يجوز استثناؤه من العقد.

وبيعُ قَفِيزٍ من صُبْرةٍ: جائزٌ، فكذا استثناؤه.

---

(١) أي ثمرةً أخرىٰ. وفي نُسخ: أثمر.

(٢) أي الحيلةُ في جوازه فيما إذا حدث قبل القبض، وقال الأترازي: أي المخلص من فساد البيع. البناية ١٠/٦٦.

(٣) الكافي ٢/٦٨٢.

(٤) أي المشايخ رحمهم الله.

(٥) وفي نُسخ: هذا. أي قول القدوري: ولا يجوز أن يبيع ثمرة، ويستثني منها أرطالاً معلومةً.

ويجوزُ بيعُ الحِنطةِ في سُنْبُلِها، والباقِلاءِ في قِشْره.

بخلاف استثناءِ الحَمْل، وأطرافِ الحيوان: لأنه لا يجوزُ بيعُه، فكذا استثناؤه.

قال: (ويجوزُ بيعُ الحِنطةِ في سُنْبُلِها، والباقِلاءِ في قِشْره).

وكذا الأرُزِّ[١]، والسِّمْسِمِ.

وقال الشافعي[٢] رحمه الله: لا يجوزُ بيعُ الباقلاءِ الأخضرِ، وكذا الجَوْزِ، واللَّوْزِ، والفُسْتُقِ في قشرِه الأوَّل عنده.

وله في بيع السُّنْبلةِ قولان.

وعندنا: يجوزُ ذلك كلُّه.

له: أن المعقودَ عليه مستورٌ بما لا منفعةَ له فيه، فأشبه ترابَ الصَّاغة[٣] إذا بِيْعَ بجنسه.

ولنا: ما رُوي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه نهىٰ عن بيعِ النخلِ حتىٰ يُزْهِيَ[٤]، وعن بيعِ السُّنبلِ حتىٰ يَبْيَضَّ، ويأمَنَ العاهةَ[٥].

---

(١) أي وكذا يجوز بيع الأرُزِّ. وفي نُسخ: الأرزُّ: بضم الزاي، وكذلك اختلفت النسخ في ضبط السمسم واللوز والجوز ونحوها.

(٢) أسنىٰ المطالب ١٠٦/٢.

(٣) هو التراب الذي فيه بُرَادةُ الذهب والفضة. البناية ٦٩/١٠.

(٤) أي يحمَرَّ أو يصفَرَّ.

(٥) بلفظ: يزهو: في صحيح البخاري (٢٢٠٨)، صحيح مسلم (١٥٣٥)، =

ومَن باع داراً : دخل في البيع مفاتيحُ أغلاقِها .

وأجرةُ الكيَّالِ، وناقِدِ الثمنِ : علىٰ البائع .

ولأنه حَبٌّ منتَفَعٌ به، فيجوزُ بيعُه في سُنبلِه، كالشعير، والجامعُ: كونُه مالاً متقوِّماً.

بخلاف ترابِ الصاغة؛ لأنه إنما لا يجوزُ بيعُه بجنسه؛ لاحتمال الربا، حتىٰ لو باعه بخلاف جنسه: جاز.

وفي مسألتنا: لو باعه بجنسه: لا يجوز أيضاً؛ لشُبهة الربا؛ لأنه لا يُدرَىٰ قَدْرُ ما في السنابل من الحنطة.

قال: (ومَن باع داراً: دخل في البيع مفاتيحُ أغلاقِها)؛ لأنه تدخلُ فيه[1] الأغلاقُ؛ لأنها مركَّبةٌ فيها[2] للبقاء، والمفتاحُ يدخلُ في بيع الغَلَق من غير تسميةٍ؛ لأنه بمنزلةِ بعضٍ منه، إذ لا يُنتفَعُ به بدونه.

قال: (وأجرةُ الكيَّالِ، وناقِدِ الثمنِ: علىٰ البائع)، أما الكيلُ: فلأنه لا بدَّ منه للتسليم، وهو علىٰ البائع، ومعنىٰ هذا: إذا بِيْعَ مكايلةً.

وكذا أجرةُ الوزَّانِ، والذرَّاعِ، والعَدَّاد.

وغيرهما، وبلفظ المؤلف: يُزهي، كما هي نُسخُ الهداية: في مسند الشافعي بترتيب الشيخ محمد عابد السندي الأنصاري (٥٠٩).

(١) أي في البيع.

(٢) أي في الدار.

وأجرةُ وزَّانِ الثمنِ : علىٰ المشتري.

ومَن باع سلعةً بثمنٍ : قيل : للمشتري : ادفعِ الثمنَ أوَّلاً.

وأما النقدُ: فالمذكورُ روايةُ ابنِ رُستُم[1] عن محمدٍ رحمهما الله؛ لأن النقدَ يكون بعد التسليم؛ ألا ترىٰ أنه يكون بعد الوزنِ، والبائعُ هو المحتاجُ إليه؛ ليُميِّزَ ما تعلَّقَ به حَقُّه من غيرِه، أو ليَعرِفَ المَعيبَ ليَرُدَّه.

وفي روايةِ ابنِ سماعةَ[2] عنه رحمهما الله: علىٰ المشتري؛ لأنه يَحتاجُ إلىٰ تسليم الجيِّد المقدَّر، والجَوْدةُ تُعرَفُ بالنقد، كما يُعرَفُ القَدْرُ بالوزن، فتكونُ[3] عليه.

قال: (وأجرةُ وزَّانِ الثمنِ: علىٰ المشتري)؛ لِمَا بيَّنَّا أنه هو المحتاجُ إلىٰ تسليم الثمن، وبالوزن يتحقَّقُ التسليمُ.

قال: (ومَن باع سلعةً بثمنٍ: قيل: للمشتري: ادفعِ الثمنَ أوَّلاً)؛ لأن حقَّ المشتري تعيَّنَ في المَبيع، فيُقدَّمُ دَفْعُ الثمن؛ ليتعيَّن حَقُّ البائع بالقبض؛ لِمَا أنه لا يتعيَّنُ بالتعيين؛ تحقيقاً للمساواة.

---

(١) الإمام إبراهيم بن رُستُم أبو بكر المروزي، تفقه علىٰ الإمام محمد بن الحسن الشيباني، وروىٰ عنه النوادر، توفي رحمه الله سنة ٢١١هـ. تاج التراجم ص٨٦.

(٢) محمد بن سَمَاعة التميمي، حدَّث عن أبي يوسف ومحمد، وروىٰ النوادرَ عنهما، وكان من الحُفَّاظ الثقات، توفي رحمه الله سنة ٢٣٣هـ، وله مائةٌ وثلاث سنين. له ترجمة عاليةٌ في تاج التراجم ص٢٤٠ يُرحَل إليها للوقوف علىٰ أخباره العالية الرائعة.

(٣) أي أجرة الناقد.

ومَن باع سلعةً بسلعةٍ، أو ثمناً بثمنٍ : قيل لهما : سلِّما معاً .

قال: (ومَن باع سلعةً بسلعةٍ، أو ثمناً بثمنٍ: قيل لهما: سلِّما معاً)؛ لاستوائهما في التعيين وعدمِه، فلا حاجةَ إلىٰ تقديمِ أحدِهما في الدفع، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

باب خيار الشَّرْط

خيارُ الشَّرْطِ جائزٌ في البيع، للبائع والمشتري.

ولهما الخيارُ ثلاثةَ أيامٍ، فما دونَها.

باب خيار الشَّرْط

قال: (خيارُ الشَّرْطِ جائزٌ في البيع، للبائع والمشتري.

ولهما الخيارُ ثلاثةَ أيامٍ، فما دونَها).

والأصلُ فيه: ما رُوي أنَّ حَبَّانَ بنَ مُنقِذِ بنِ عمرٍو الأنصاريَّ رضي الله عنه كان يُغْبَنُ في البِياعات، فقال له النبيُّ عليه الصلاة والسلام: «إذا بايعتَ فقُلْ: لا خِلابةَ[1]، وليَ الخيارُ ثلاثةَ أيام»[2].

---

(١) أي: لا خِداع.

(٢) أصل الحديث في صحيح البخاري (٢١١٧)، وصحيح مسلم (١٥٣٣) بلفظ: «مَن بايعتَ فقل: لا خلابة»، وبلفظ المؤلِّف: في سنن ابن ماجه (٢٣٥٥)، المستدرك للحاكم (٢٢٠١)، وصححه، ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، سنن الدارقطني (٣٠١١)، نصب الراية ٦/٤، التلخيص الحبير ٢١/٣.

وذكره الحافظ ابن حجر في فتح الباري ٣٣٧/٤ في زيادات الباب ضِمْنَ الفوائد المتنية والإسنادية، فهو صحيح أو حسن علىٰ قاعدته في هذه الزيادات، وقد ذكر هذه القاعدة في مقدمته للفتح (هُدَىٰ ـ هَدْي ـ الساري)، ص٤.

ولا يجوزُ أكثرَ منها عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يجوزُ إذا سمَّىٰ مدةً معلومةً.

إلا أنه إذا أجاز في الثلاثِ: جاز عند أبي حنيفة رحمه الله.

قال: (ولا يجوزُ أكثرَ منها عند أبي حنيفة رحمه الله)، وهو قولُ زفر والشافعي[1] رحمهما الله.

(وقالا: يجوزُ إذا سمَّىٰ مدةً معلومةً)؛ لحديث ابنِ عمر رضي الله عنهما أنه أجاز الخيارَ إلىٰ شهرين[2].

ولأن الخيارَ إنما شُرِعَ للحاجة إلىٰ التروِّي؛ ليَندفعَ به الغَبْنُ، وقد تَمَسُّ الحاجةُ إلىٰ الأكثر، فصار كالتأجيل في الثمن.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن شَرْطَ الخيارِ يُخالِفُ مقتضىٰ العقد، وهو اللزومُ.

وإنما جوَّزْناه بخلاف القياسِ بما رَويناه من النصِّ، فيُقتصَرُ علىٰ المدةِ المذكورةِ فيه، وانتفتِ الزيادةُ[3].

قال: (إلا أنه إذا أجاز في الثلاثِ: جاز[4] عند أبي حنيفة رحمه الله).

---

(١) أسنىٰ المطالب ٢/ ٥٠.

(٢) قال في نصب الراية ٤/ ٨: غريب جداً، وكذلك في فتح القدير ٥/ ٥٠٠، والبناية ١٠/ ٨٠.

(٣) أي علىٰ الثلاث.

(٤) هذا استثناء من قوله: ولا يجوز أكثرَ منها عند أبي حنيفة: ومعناه: لا يجوز أكثر منها، لكن لو ذَكَرَ الأكثر منها، وأجاز مَن له الخيار في الثلاث: جاز. البناية ١٠/ ٨١.

ولو اشترىٰ علىٰ أنه إن لم يَنْقُدِ الثمنَ إلىٰ ثلاثةِ أيامٍ فلا بيعَ بينهما : جاز .

وإلىٰ أربعةِ أيامٍ : لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله .

وقال محمدٌ رحمه الله : يجوزُ إلىٰ أربعةِ أيامٍ، أو أكثرَ .

فإن نَقَدَ في الثلاث : جاز في قولهم جميعاً .

خلافاً لزفر رحمه الله، هو يقولُ: إنه انعقد فاسداً، فلا يَنقلبُ جائزاً.

وله: أنه أسقط المفسِدَ قبلَ تقرُّره، فيعودُ جائزاً، كما إذا باع بالرَّقْم[1]، وأعلمه في المجلس.

ولأن الفسادَ باعتبار اليوم الرابع، فإذا أجاز قبلَ ذلك: لم يتصلِ المُفسِدُ بالعقد، ولهذا قيل: إن العقدَ يَفسدُ بمُضِيِّ جزءٍ من اليومِ الرابع.

وقيل: ينعقدُ فاسداً، ثم يَرتفعُ الفسادُ بحذف الشرط، وهذا علىٰ الوجه الأول[2].

قال: (ولو اشترىٰ علىٰ أنه إن لم يَنْقُدِ الثمنَ إلىٰ ثلاثةِ أيامٍ فلا بيعَ بينهما: جاز.

وإلىٰ أربعةِ أيامٍ: لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: يجوزُ إلىٰ أربعةِ أيامٍ، أو أكثرَ.

فإن نَقَدَ في الثلاث: جاز في قولهم جميعاً).

---

(١) أي بما كُتب علىٰ العلامة في الثوب من ثمنه، ولا يَعلمُه المشتري.

(٢) أي التعليل الأول، وهو قوله: أسقط المفسد...إلخ، وأما علىٰ التعليل الثاني، وهو قوله: لأن الفساد...إلخ: فلا يستقيم؛ لأنه لم ينعقدْ فاسداً. البناية ١٠/٨٣.

وخيارُ البائعِ يمنعُ خروجَ المَبيعِ عن مِلكِه.

ولو قَبَضَه المشتري، وهَلَكَ في يدِه في مدةِ الخيار: ضَمِنَه بالقيمة.

والأصلُ فيه: أنَّ هذا في معنىٰ اشتراطِ الخيار، إذِ الحاجةُ مسَّتْ إلىٰ الانفساخِ عندَ عدمِ النقد؛ تحرُّزاً عن المماطلة في الفسخ، فيكون مُلْحَقاً به.

وقد مرَّ أبو حنيفة رحمه الله علىٰ أصلِه في المُلْحَقِ به[1]، ونَفْيِ الزيادةِ[2] علىٰ الثلاث.

وكذا محمدٌ رحمه الله في تجويز الزيادةِ علىٰ الثلاث.

وأبو يوسف رحمه الله أَخَذَ في الأصل بالأثر، وفي هذا بالقياس.

وفي هذه المسألة قياسٌ آخَرُ، وإليه مال زفرُ رحمه الله، وهو أنه بيعٌ شُرِطَ فيه إقالةٌ فاسدةٌ؛ لتعلُّقِها بالشرط، واشتراطُ الصحيحِ منها فيه: مفسِدٌ للعقد، فاشتراطُ الفاسدِ أَوْلىٰ.

ووجهُ الاستحسان: ما بيَّنَّاه.

قال: (وخيارُ البائعِ يمنعُ خروجَ المَبيعِ عن مِلكِه)؛ لأن تمامَ هذا السبب بالمراضاة، ولا يَتِمُّ مع الخيار، ولهذا لو أعتقه: يَنفُذُ عِتْقُه.

ولا يَملكُ المشتري التصرُّفَ فيه وإن قَبَضَه بإذن البائع.

قال: (ولو قَبَضَه المشتري، وهَلَكَ في يدِه في مدةِ الخيار: ضَمِنَه بالقيمة).

---

(١) وهو شرط الخيار.

(٢) وفي نُسخ: ونَفَىٰ الزيادةَ.

وخيارُ المشتري لا يمنعُ خروجَ المَبيعِ عن مِلْكِ البائع.

إلا أنَّ المشتريَ لا يملِكُه عند أبي حنيفة رحمه الله.

لأن البيعَ ينفسخُ بالهلاك؛ لأنه كان موقوفاً، ولا نفاذَ بدون المَحَلِّ، فبقِيَ مقبوضاً في يده علىٰ سَوْم الشراء، وفيه القيمةُ.

ولو هَلَكَ في يد البائعِ: انفسخ البيعُ، ولا شيءَ علىٰ المشتري؛ اعتباراً بالبيع الصحيحِ المطلَق.

قال: (وخيارُ المشتري لا يمنعُ خروجَ المَبيع عن مِلْكِ البائع)؛ لأن البيعَ في جانب الآخَرِ لازمٌ، وهذا لأن الخيارَ إنما يَمنعُ خروجَ البدلِ عن مِلْكِ مَن له الخيارُ؛ لأنه شُرِعَ نظراً له، دونَ الآخَر.

قال: (إلا أنَّ المشتريَ لا يملِكُه عند أبي حنيفة رحمه الله).

وقالا: يملِكُه؛ لأنه لَمَّا خَرَجَ عن مِلكِ البائع، فلو لم يدخلْ في ملكِ المشتري: يكونُ زائلاً لا إلىٰ مالكٍ، ولا عَهْدَ لنا به في الشرع.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنه لَمَّا لم يَخرجِ الثمنُ عن ملكِه، فلو قلنا بأنه يدخلُ المبيعُ في ملكِه: لاجتمع البدلان في ملكِ رجلٍ واحدٍ حُكماً؛ للمعاوضة، ولا أصلَ له في الشرع؛ لأن المعاوضةَ تقتضي المساواة.

ولأن الخيارَ شُرِعَ[1]: نظراً للمشتري؛ ليتروَّىٰ، فيقفَ علىٰ المصلحة، ولو ثبت الملكُ: ربما يَعتِقُ عليه من غيرِ اختياره، بأن كان قريبَه، فيفوتُ النظرُ.

---

(١) وفي نُسخ: شُرِط.

فإن هَلَكَ في يده : هَلَكَ بالثمن، وكذا إذا دَخَلَه عيبٌ.

ومَن اشترىٰ امرأتَه علىٰ أنه بالخيار ثلاثةَ أيامٍ : لم يفسُدِ النكاحُ.

وإن وطئها : له أن يُرَدَّها.

وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا : يَفسُدُ النكاحُ.

وإن وطئها : لم يَرُدَّها.

قال: (فإن هَلَكَ في يده: هَلَكَ بالثمن، وكذا إذا دَخَلَه عيبٌ).

بخلاف ما إذا كان الخيارُ للبائع.

ووجهُ الفَرْق: أنه إذا دَخَلَه عيبٌ: يمتنعُ الردُّ حكماً، والهلاكُ لا يَعرىٰ عن مقدمةِ عيبٍ، فيَهلكُ والعقدُ قد انبرم، فيلزمُه الثمنُ.

بخلاف ما تقدم؛ لأن بدخول العيبِ: لا يمتنعُ الردُّ حُكماً لخيار البائع، فيَهلِكُ والعقدُ موقوفٌ.

قال: (ومَن اشترىٰ امرأتَه علىٰ أنه بالخيار ثلاثةَ أيامٍ: لم يفسُدِ النكاحُ)؛ لأنه لم يَملِكْها؛ لِمَا له من الخيار.

قال: (وإن وطئها: له أن يُرَدَّها)؛ لأن الوطءَ: بحكم النكاح، إلا إذا كانت بِكْراً؛ لأن الوطءَ يُنْقِصُها، (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يَفسُدُ النكاحُ)؛ لأنه مَلَكَها.

قال: (وإن وطئها: لم يَرُدَّها)؛ لأنه وَطِئها بملك اليمين، فيمتنعُ الردُّ وإن كانت ثيباً.

. . . .

ولهذه المسألةِ أخواتٌ، كلُّها تُبتَنىٰ علىٰ وقوعِ الملكِ للمشتري بشرط الخيار، وعدمِه:

ـ منها: عِتْقُ المشترَىٰ علىٰ المشتري إذا كان قريباً له في مدة الخيار.

ـ ومنها: عِتْقُه إذا كان المشتري حَلَفَ: إنْ مَلَكْتُ عبداً فهو حُرٌّ.

بخلاف ما إذا قال: إنِ اشتريتُ فهو حُرٌّ[1]؛ لأنه يصيرُ كالمنشئ للعتق بعد الشراء، فيسقطُ الخيارُ.

ـ ومنها: أن حيضَ المشتراةِ في المدةِ لا يُجتزأُ به عن الاستبراء عنده، وعندهما: يُجتَزَأ.

ولو رُدَّتْ بحُكم الخيارِ إلىٰ البائع: لا يجبُ عليه الاستبراءُ عنده، وعندهما: يجب إذا رُدَّتْ بعد القبض.

ـ ومنها: إذا وَلَدَتِ المشتراةُ في المدة بالنكاح: لا تصيرُ أُمَّ ولدٍ له عنده، خلافاً لهما.

ـ ومنها: إذا قَبَضَ المشتري المبيعَ بإذن البائع، ثم أودعه عندَ البائع، فهلك في يده في المدة: هَلَكَ من مالِ البائع؛ لارتفاع القبضِ بالردِّ؛ لعدم الملكِ عنده.

وعندهما: من مالِ المشتري؛ لصحة الإيداعِ باعتبارِ قيامِ الملك.

---

(١) قوله: فهو حرٌّ: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

ومَن شُرِطَ له الخيارُ: فله أن يَفسَخَ في مدة الخيار، وله أن يُجيزَ، فإن أجازه بغير حَضْرة صاحبه: جاز.

وإن فَسَخَ: لم يَجُزْ، إلا أن يكونَ الآخَرُ حاضراً عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: يجوزُ.

ـ ومنها: لو كان المشتري عبداً مأذوناً له، فأبرأه البائعُ من الثمنِ في المدة: بقيَ علىٰ خياره عنده؛ لأن الردَّ امتناعٌ عن التملك، والمأذونُ له يليه.

وعندهما: بطل خيارُه؛ لأنه لَمَّا مَلَكَه: كان الردُّ منه تمليكاً بغير عوضٍ، وهو ليس من أهله.

ـ ومنها: إذا اشترىٰ ذميٌّ من ذميٍّ خمراً علىٰ أنه بالخيار، ثم أسلم: بطل الخيارُ عندهما؛ لأنه مَلَكَها، فلا يملكُ ردَّها وهو مسلِمٌ.

وعنده: يبطلُ البيع؛ لأنه لم يَملِكْها، فلا يتملَّكُها بإسقاط الخيارِ بعده وهو مسلمٌ.

قال: (ومَن شُرِطَ له الخيارُ: فله أن يَفسَخَ في مدة الخيار، وله أن يُجيزَ، فإن أجازه بغير حَضْرة صاحبه: جاز.

وإن فَسَخَ: لم يَجُزْ، إلا أن يكونَ الآخَرُ حاضراً عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يجوزُ)، وهو قولُ الشافعي[1] رحمه الله.

والشرطُ هو العلمُ، وإنما كُنِيَ بالحضرة عنه.

---

(١) ينظر مغني المحتاج ٢/٤٧.

وإذا مات مَن له الخيارُ: بطل خيارُه، ولزم البيعُ، ولم ينتقلِ الخيارُ إلىٰ ورثتِه.

له: أنه مُسَلَّطٌ علىٰ الفسخِ من جهة صاحبه، فلا يتوقفُ علىٰ عِلْمِه، كالإجازة، ولهذا لا يُشترَطُ رضاه، وصار كالوكيل بالبيع.

ولهما: أنه تصرُّفٌ في حَقِّ الغير، وهو العقدُ بالرفع[1]، ولا يَعرىٰ عن المَضَرَّة؛ لأنه عساه أنْ يَعتمدَ تمامَ البيعِ السابق، فيتصرَّفَ فيه، فتلزمَه غرامةُ القيمةِ بالهلاك: فيما إذا كان الخيارُ للبائع، أو لا يَطلُبُ لسلعته مشترياً: فيما إذا كان الخيارُ للمشتري، وهذا نوعُ ضررٍ، فيتوقَّفُ علىٰ علمه، وصار كعزل الوكيل.

بخلاف الإجازة؛ لأنه لا إلزامَ فيها[2].

ولا نقولُ[3] إنه مسلَّطٌ علىٰ حقِّه، وكيف يُقالُ ذلك وصاحبُه لا يملك الفسخَ؟! ولا تسليطَ في غيرِ ما يملِكُه المُسلِّط.

ولو كان فَسَخَ في حال غَيْبَةِ صاحبِه، وبَلَغَه في المدة: تَمَّ الفسخُ؛ لحصول العلمِ به.

ولو بَلَغَه بعد مُضِيِّ المدة: تمَّ العقدُ بمُضِيِّ المدةِ قبلَ الفسخ.

قال: (وإذا مات مَن له الخيارُ: بطل خيارُه، ولزم البيعُ، ولم ينتقلِ الخيارُ إلىٰ ورثتِه).

---

(١) أي برفع العقد في حق المتعاقدين.

(٢) وفي نُسخ: فيه.

(٣) هذا جوابٌ عن قول أبي يوسف رحمه الله: إنه مسلَّطٌ.

ومَن اشترىٰ شيئاً، وشَرَطَ الخيارَ لغيره: فأيُّهما أجاز: جاز، وأيُّهما نَقَضَ: انتقض.

وقال الشافعيُّ[١] رحمه الله: يُورَثُ عنه؛ لأنه حَقٌّ لازمٌ ثابتٌ في البيع، فيجري فيه الإرثُ، كخيار العيب، والتعيين.

ولنا: أن الخيارَ ليس إلا مشيئةً وإرادةً[٢]، ولا يُتصوَّرُ انتقالُه، والإرثُ: فيما يَقبلُ الانتقالَ.

بخلاف خيارِ العيب؛ لأن المورِّثَ استَحَقَّ المبيعَ سليماً، فكذا الوارث، فأما نفسُ الخيارِ: لا يُورَثُ.

وأما خيارُ التعيين: يثبتُ للوارث ابتداءً؛ لاختلاط مِلكِه بملك الغير، لا أنَّ الخيارَ يُورَثُ.

قال: (ومَن اشترىٰ شيئاً، وشَرَطَ الخيارَ لغيره: فأيُّهما أجاز: جاز[٣]، وأيُّهما نَقَضَ: انتقض).

وأصل هذا: أن اشتراطَ الخيارِ لغيره جائزٌ؛ استحساناً.

وفي القياس: لا يجوزُ، وهو قولُ زفر رحمه الله؛ لأن الخيارَ من مواجِبِ العقدِ وأحكامِه، فلا يجوزُ اشتراطُه لغيره، كاشتراط الثمنِ علىٰ غيرِ المشتري.

---

(١) مغني المحتاج ٢/٤٥.

(٢) مشيئةً وإرادةً: منصوبان علىٰ أنهما بدلان عن خبر: ليس، أي ليس الخيار شيئاً إلا مشيئةً وإرادةً. البناية ١٠/١٠١. قلت: وفي نُسخ: كلاهما بالرفع.

(٣) أي جاز العقد.

. . . .

ولنا: أن الخيارَ لغير العاقدِ لا يثبتُ إلا بطريق النيابةِ عن العاقد، فيُقدَّمُ[1] الخيارُ له[2] اقتضاءً، ثم يُجعَلُ هو نائباً عنه؛ تصحيحاً لتصرفه، وعند ذلك يكونُ لكلٍّ واحدٍ منهما الخيارُ، فأيُّهما أجاز: جاز، وأيُّهما نَقَضَ: انتقض.

ولو أجاز أحدُهما، وفَسَخَ الآخَرُ: يُعتبَرُ السابقُ؛ لوجودِه في زمانٍ لا يُزاحِمُه فيه غيرُه.

ولو خَرَجَ الكلامان منهما معاً: يُعتبرُ تصرُّفُ العاقد، في روايةٍ، وتصرُّفُ الفاسخ[3]، في أخرىٰ.

وجهُ الأول: أنَّ تصرُّفَ العاقد أقوىٰ؛ لأن النائبَ يستفيدُ الولايةَ منه.

ووجه الثاني: أن الفسخَ أقوىٰ؛ لأن المُجازَ: يَلحقُه الفسخُ، والمفسوخَ: لا تلحقُه الإجازةُ، ولَمَّا مَلَكَ كلٌّ واحدٍ منهما التصرفَ: رجَّحنا بحال التصرف.

---

(١) هكذا: فيُقدَّم: في النسخ الخطية كلها مما لديَّ، وكذلك في مطبوع الهداية مع الكفاية للخوارزمي ٥/٥١٧، في حين أنه جاء في طبعات الهداية القديمة: فيُقدَّرُ، وكذلك في طبعة حاشية اللكنوي، والمراد: أي فيُجعَلُ كأنه شَرَطَ لنفسه من حيث الاقتضاء؛ تصحيحاً لتصرُّف العاقد. البناية ١٠/١٠٤.

(٢) أي للعاقد.

(٣) وفي نُسخ: الفسخ.

ومَن باع عبدَيْن بألفِ درهمٍ، علىٰ أنه بالخيار في أحدِهما ثلاثةَ أيام: فالبيعُ فاسدٌ.

وإن باع كلَّ واحدٍ منهما بخمسمائةٍ، علىٰ أنه بالخيار في أحدِهما بعَيْنه: جاز البيعُ.

وقيل: الأولُ قولُ محمدٍ رحمه الله، والثاني: قولُ أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ.

واستُخرجَ ذلك مما إذا باع الوكيلُ من رجلٍ، والموكِّلُ من غيره معاً: فمحمدٌ رحمه الله يَعتبرُ فيه تصرُّفَ الموكِّل، وأبو يوسف رحمه الله يعتبرُهما.

قال: (ومَن باع عبدَيْن بألفِ درهمٍ، علىٰ أنه بالخيار في أحدِهما ثلاثةَ أيام: فالبيعُ فاسدٌ.

وإن باع كلَّ واحدٍ منهما بخمسمائةٍ، علىٰ أنه بالخيار في أحدِهما بعَيْنه: جاز البيعُ).

والمسألةُ علىٰ أربعة أوجهٍ:

ـ أحدُها: أن لا يُفَصِّلَ الثمنَ، ولا يُعَيِّنَ الذي فيه الخيارُ، وهو الوجهُ الأول في «الكتاب[1]».

---

(١) أي الجامع الصغير. كما في البناية ١٠/١٠٧، وقال ابن الهمام في فتح القدير ٥/٥١٩: والأظهر أنه يريد به البدايةَ؛ لأن الهدايةَ شرحُها. اهـ

ومَن اشترىٰ ثوبَيْن علىٰ أن يأخذَ أيَّهما شاءَ بعشرةٍ، وهو بالخيار ثلاثةَ أيامٍ : فهو جائزٌ.

وكذلك الثلاثةُ، فإن كانت أربعةَ أثوابٍ : فالبيعُ فاسدٌ.

وفسادُه: لجهالة الثمنِ والمَبيع؛ لأن الذي فيه الخيارُ: كالخارج عن العقدِ، إذِ العقدُ مع الخيارِ لا يَنعقدُ في حَقِّ الحكم، فبقيَ الداخلُ فيه أحدُهما، وهو غيرُ معلومٍ.

ـ والوجهُ الثاني: أن يُفصِّلَ الثمنَ، ويُعيِّنَ الذي فيه الخيارُ، وهو المذكور ثانيا في «الكتاب(١)».

وإنما جاز؛ لأن المبيعَ معلومٌ، والثمنَ معلومٌ، وقَبُولُ العقد في الذي فيه الخيارُ وإن كان شرطاً لانعقاد العقد في الآخَر، ولكن هذا غيرُ مُفسدٍ للعقد؛ لكونه مَحَلاً للبيع، كما إذا جَمَعَ بين قِنٍّ ومدبَّرٍ.

ـ والثالثُ: أن يُفَصِّلَ، ولا يُعيِّنَ.

ـ والرابعُ: أن يُعيِّنَ، ولا يُفَصِّلَ، فالعقدُ فاسدٌ في الوجهين، إما لجهالة المبيع، أو لجهالة الثمن.

قال: (ومَن اشترىٰ ثوبَيْن علىٰ أن يأخذَ أيَّهما شاءَ بعشرةٍ، وهو بالخيار ثلاثةَ أيامٍ: فهو جائزٌ.

وكذلك الثلاثةُ، فإن كانت أربعةَ أثوابٍ: فالبيعُ فاسدٌ).

---

(١) أي الجامع الصغير. البناية ١٠/١٠٧.

. . . .

والقياسُ: أن يَفسدَ البيعُ في الكلِّ؛ لجهالة المبيع، وهو قولُ زفر والشافعي[١] رحمهما الله.

وجهُ الاستحسان: أن شَرْعَ الخيارِ للحاجة إلىٰ دَفْع الغَبْنِ؛ ليختار ما هو الأرفقُ والأوفق[٢]، والحاجةُ إلىٰ هذا النوع من البيع متحققةٌ؛ لأنه يَحتاجُ إلىٰ اختيار مَن يَثِقُ به، أو اختيارِ مَن يشتريه لأَجْلِه، ولا يُمكِّنُه البائعُ من الحَمْلِ إليه إلا بالبيع، فكان في معنىٰ ما وَرَدَ به الشرعُ.

غيرَ أنَّ هذه الحاجةَ تندفعُ بالثلاث؛ لوجودِ الجيدِ والوسطِ والرديءِ فيها، والجهالةُ لا تُفضِي إلىٰ المنازعةِ في الثلاثِ؛ لتعيين مَن له الخيار، وكذا في الأربع، إلا أنَّ الحاجةَ إليها غيرُ متحقِّقةٍ، والرخصةُ ثبوتُها بالحاجة، وكونِ[٣] الجهالةِ غيرِ مفضيةٍ إلىٰ المنازعة: فلا تَثبتُ بأحدِهما.

ثم قيل: يُشترطُ أنْ يكونَ في هذا العقد خيارُ الشرط، مع خيار التعيين، وهو المذكورُ في «الجامع الصغير[٤]».

وقيل: لا يُشترطُ، وهو المذكورُ في «الجامع الكبير[٥]»، فيكونُ ذِكْرُه

---

(١) ينظر مغني المحتاج ٤١/٢، ويحرر.

(٢) أي الأرفق من حيث الثمنُ، والأوفق من حيث الحالُ. البناية ١٠٩/١٠، حاشية سعدي علىٰ الهداية.

(٣) بالكسر: عطفاً علىٰ قوله: بالحاجة. البناية ١١٠/١٠. قلت: وفي نُسخ بالضم.

(٤) ص١٧٥.

(٥) ص٤٧٦.

. . . .

علىٰ هذا الاعتبار وِفاقاً، لا شرطاً.

وإذا لم يَذكُرْ خيارَ الشرطِ: لا بدَّ من توقيتِ خيارِ التعيين بالثلاث عنده، وبمدةٍ معلومةٍ أيَّتَها[1] كانت عندهما.

ثم ذُكِرَ في بعض النُّسَخ[2]: اشترىٰ ثوبين، وفي بعضِها: اشترىٰ أحدَ الثوبين، وهو الصحيحُ؛ لأن المبيعَ في الحقيقة أحدُهما، والآخَرُ أمانةٌ، والأولُ تجوُّزٌ واستعارةٌ.

ولو هَلَكَ أحدُهما، أو تعيَّبَ: لَزِمَه البيعُ فيه بثمنه، وتعيَّنَ الآخَرُ للأمانة؛ لامتناع الردِّ بالتعيُّب.

ولو هَلَكَا جميعاً معاً: يلزمُه نصفُ ثمنِ كلِّ واحدٍ منهما؛ لشيوع البيعِ والأمانةِ فيهما.

ولو كان فيه خيارُ الشرط: له أن يردَّهما جميعاً.

ولو مات مَن له الخيارُ: فلوارثه أن يَرُدَّ أحدَهما؛ لأن الباقيَ خيارُ التعيين؛ للاختلاط، ولهذا لا يَتوقَّتُ[3]، في حَقِّ الوارث، وأما خيارُ الشرط: لا يورَثُ، وقد ذكرناه من قبل.

---

(١) وفي نُسخ: أيَّها.

(٢) أي نُسخ الجامع الصغير. البناية ١٠/ ١١١.

(٣) وجاء في بعض طبعات الهداية خطأً: يتوقف. بالفاء.

ومَن اشترىٰ داراً علىٰ أنه بالخيار، فبِيعَتْ دارٌ أخرىٰ إلىٰ جَنْبِها، فأَخَذَها بالشُّفعة: فهو رضاً.

وإذا اشترىٰ الرجلان عبداً علىٰ أنهما بالخيار، فرضِيَ أحدُهما: فليس للآخَر أن يردَّه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: له أن يَردَّه.

قال: (ومَن اشترىٰ داراً علىٰ أنه بالخيار[1]، فبِيعَتْ دارٌ أخرىٰ إلىٰ جَنْبِها، فأَخَذَها بالشُّفعة: فهو رضاً)؛ لأن طَلَبَ الشفعة يدلُّ علىٰ اختياره الملكَ فيها؛ لأنه ما ثَبَتَ إلا لدفع ضررِ الجوار، وذلك بالاستدامة، فيتضمَّنُ ذلك سقوطَ الخيارِ سابقاً عليه، فيثبتُ الملكُ من وقت الشراء، فيتبيَّنُ أن الجِوارَ كان ثابتاً، وهذا التقريرُ يُحتاجُ إليه لمذهب أبي حنيفة رحمه الله خاصةً.

قال: (وإذا اشترىٰ الرجلان عبداً علىٰ أنهما بالخيار، فرضِيَ أحدُهما: فليس للآخَر أن يردَّه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: له أن يَردَّه).

وعلىٰ هذا الخلافِ: خيارُ العيب، وخيارُ الرؤية.

لهما: أن إثباتَ الخيارِ لهما: إثباتُه لكلٍّ واحدٍ منهما، فلا يسقطُ بإسقاط صاحبِه؛ لِمَا فيه من إبطالِ حَقِّه.

وله: أن المبيعَ خَرَجَ عن ملكِه غيرَ مَعيبٍ بعيبِ الشركة، فلو ردَّه أحدُهما: ردَّه معيباً به، وفيه إلزامُ ضررٍ زائدٍ.

---

(١) وفي بداية المبتدي ص٤١٩ زيادة: بالخيار ثلاثة أيام.

ومَن باع عبداً علىٰ أنه خَبَّازٌ، أو كاتبٌ، وكان بخلافه: فالمشتري بالخيار: إن شاء أَخَذَه بجميع الثمن، وإن شاء تَرَكَه.

وليس من ضرورةِ إثباتِ الخيارِ لهما: الرضا بردِّ أحدهما؛ لتصوُّر اجتماعِهما علىٰ الردِّ.

قال: (ومَن باع عبداً علىٰ أنه خَبَّازٌ، أو كاتِبٌ، وكان بخلافه: فالمشتري بالخيار: إن شاء أَخَذَه بجميع الثمن، وإن شاء تَركَه).

لأن هذا وصفٌ مرغوبٌ فيه، فيُستَحَقُّ في العقد بالشرط.

ثم فواتُه: يوجِبُ التخييرَ؛ لأنه ما رضيَ به دونَه.

وهذا يرجعُ إلىٰ اختلافِ النوع؛ لقلَّة التفاوت في الأغراض، فلا يَفسدُ العقدُ بعدمه، بمنزلة وَصْفِ الذُّكورةِ والأُنوثةِ في الحيوانات.

وصار كفوات وَصْفِ السلامة.

وإذا أَخَذَه: أَخَذَه بجميع الثمن؛ لأن الأوصافَ لا يُقابلُها شيءٌ من الثمن؛ لكونها تابعةً في العقد، علىٰ ما عُرِفَ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

باب خيار الرؤية

ومَن اشترىٰ شيئاً لم يَرَهُ: فالبيعُ جائزٌ، وله الخيارُ إذا رآه: إن شاء أَخَذَه بجميع الثمن، وإن شاء ردَّه.

باب خيار الرؤية

قال: (ومَن اشترىٰ شيئاً لم يَرَهُ: فالبيعُ جائزٌ، وله الخيارُ إذا رآه: إن شاء أَخَذَه بجميع الثمن، وإن شاء ردَّه).

وقال الشافعيُّ[١] رحمه الله: لا يصحُّ العقدُ أصلاً؛ لأن المَبيعَ مجهولٌ.

ولنا: قولُه عليه الصلاة والسلام: «مَن اشترىٰ شيئاً لم يَرَه: فله الخيارُ إذا رآه»[٢].

ولأن الجهالةَ بعدم الرؤيةِ لا تُفضِي إلىٰ المنازعة، لأنه لو لم يوافِقْه: يَرُدُّه، فصار كجهالة الوصفِ في المُعَايَنِ المُشارِ إليه.

---

(١) أسنىٰ المطالب ١٨/٢.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة (١٩٩٧٤)، سنن الدارقطني (٢٨٠٣)، سنن البيهقي (١٠٤٢٥)، وقد روي الحديث مسنداً ومرسلاً، وضُعِّفت أسانيده، لكن نَقَلَ ابنُ الهُمَام في فتح القدير ٥٣١/٥ عن مالك وأحمد أنهما عَمِلا به، وقال: إن المرسل حجةٌ عند أكثر أهل العلم. وينظر نصب الراية ٩/٤.

وللحديث شاهد يقوِّيه عند الطحاوي في شرح معاني الآثار (٥٥٠٧)، وذلك في بيع عثمان لطلحة رضي الله عنهما ما لم يرياه، وينظر التلخيص الحبير ٦/٣.

وكذا إذا قال: قد رضيتُ، ثم رآه: له أن يَرُدَّه.

ومَن باع ما لم يَرَهُ: فلا خيارَ له.

قال: (وكذا إذا قال: قد رضيتُ، ثم رآه: له أن يَرُدَّه)؛ لأن الخيارَ معلَّقٌ بالرؤية؛ لِمَا روينا، فلا يثبتُ قبلَها.

وثبوتُ حقِّ الفسخِ قبلَ الرؤيةِ: بحُكمِ أنه عقدٌ غيرُ لازمٍ، لا بمقتضىٰ الحديث.

ولأنَّ الرضا بالشيء قبلَ العلمِ بأوصافه: لا يتحقَّقُ، فلا يُعتبرُ قولُه: قد رضيتُ: قبلَ الرؤية، بخلاف قولِه: رَدَدْتُ قبلَ الرؤية.

قال: (ومَن باع ما لم يَرَهُ: فلا خيارَ له).

وكان أبو حنيفة رحمه الله يقولُ أوّلاً: له الخيارُ؛ اعتباراً بخيار العيب، وخيارِ الشرط.

وهذا لأن لزومَ العقد: بتمام الرضا، زوالاً وثبوتاً، ولا يَتحقَّقُ ذلك إلا بالعلم بأوصاف المبيع، وذلك بالرؤية، فلم يكنِ البائعُ راضياً بالزوال.

ووجهُ القولِ المَرْجوعِ إليه: أنه معلَّقٌ بالشراء؛ لِمَا روينا، فلا يثبتُ بدونه.

ورُوِيَ أن عثمانَ بنَ عفان رضي الله عنه باع أرضاً له بالبصرة من طلحةَ بن عبيد الله رضي الله عنه، فقيل لطلحة: إنك قد غُبِنْتَ، فقال: ليَ الخيارُ؛ لأني اشتريتُ ما لم أَرَه.

وقيل لعثمان: إنك قد غُبِنْتَ، فقال: ليَ الخيار؛ لأني بعتُ ما لم أره.

ومَن نَظَرَ إلىٰ وَجْه الصُّبْرةِ، أو إلىٰ ظاهر الثوبِ مَطْوِيّاً، أو إلىٰ وجهِ الجاريةِ، أو إلىٰ وجهِ الدابةِ وكَفَلِها : فلا خيارَ له.

فحكَّمَا بينهما جُبَيْرَ بنَ مُطْعِم رضي الله عنه، فقضىٰ بالخيار لطلحة[1].

وكان ذلك بمَحضرٍ من الصحابة رضي الله عنهم.

ثم خيارُ الرؤية غيرُ مؤقَّتٍ، بل يبقىٰ إلىٰ أن يوجَدَ ما يُبطِلُه.

وما يُبطِلُ خيارَ الشرطِ من تعييبٍ، أو تصرُّفٍ: يُبطِلُ خيارَ الرؤية.

ثم إن كان تصرُّفاً لا يُمكنُ رفعُه، كالإعتاقِ والتدبير، أو تصرُّفاً يوجِبُ حقاً للغير، كالبيع المطلَق، والرهنِ، والإجارة: يُبطِلُه[2] قبلَ الرؤية وبعدها؛ لأنه لَمَّا لَزِمَ: تعذَّرَ الفسخُ، فبَطَلَ الخيارُ.

وإن كان تصرُّفاً لا يوجِبُ حقاً للغير، كالبيع بشرط الخيار، والمساومةِ، والهبةِ من غير تسليم: لا يُبطِلُه قبلَ الرؤية؛ لأنه لا يربو علىٰ صريحِ الرضا، ويُبطِلُه بعد الرؤية؛ لوجود دلالةِ الرضا.

قال: (ومَن نَظَرَ إلىٰ وَجْه الصُّبْرةِ، أو إلىٰ ظاهر الثوبِ مَطْوِيّاً، أو إلىٰ وجهِ الجاريةِ، أو إلىٰ وجهِ الدابةِ وكَفَلِها[3]: فلا خيارَ له).

---

(١) شرح معاني الآثار ٤/١٠، وتقدم في الحاشية السابقة كشاهد للحديث، الدراية ٢/١٤٩.

(٢) أي يُبطلُ خيارَه للرؤية.

(٣) أي عَجُزها ومؤخَّرها.

. . . .

والأصلُ في هذا: أن رؤيةَ جميعِ المَبيع غيرُ مشروطٍ؛ لتعذُّره، فيُكتفىٰ برؤية ما يدلُّ علىٰ العلم بالمقصود.

ولو دَخَلَ في البيعِ أشياءُ: فإن كانت لا تتفاوَتْ آحادُها، كالمكيل والموزون، وعلامتُه: أن يُعرَضَ[١] بالنموذج: يُكتفىٰ برؤية واحدٍ منها، إلا إذا كان الباقي أردأَ مما رأىٰ، فحينئذٍ يكونُ له الخيار.

وإن كانت تتفاوتُ آحادُها، كالثياب والدوابِّ والعبيدِ: لا بدَّ من رؤية كلٍّ واحدٍ منها.

والجَوْزُ، والبَيْض: من هذا القَبِيل، فيما ذَكَرَه الكرخيُّ رحمه الله، وكان ينبغي أن يكونَ مثلَ الحنطة والشعير؛ لكونها متقاربةً.

إذا ثبت هذا، فنقولُ: النظرُ إلىٰ وجه الصُّبْرة كافٍ؛ لأنه يُعرِّفُ وَصْفَ البقية؛ لأنه مكيلٌ يُعرَضُ[٢] بالنموذج.

وكذا النظرُ إلىٰ ظاهرِ الثوب مما تُعلَمُ به البقيةُ، إلا إذا كان في طَيِّه ما يكونُ مقصوداً، كموضع العَلَم.

والوجهُ: هو المقصودُ في الآدمي، وهو والكَفَلُ[٣]: في الدواب، فيُعتبر رؤية المقصود، ولا يُعتبرُ رؤيةُ غيره.

---

(١) وفي نُسخ: يُعرَف.

(٢) وفي نُسخ: يُعرَف.

(٣) أي وجهُ الدابة وعَجُزُها كلاهما هو المعتبر في الدواب.

وإن رأىٰ صحنَ الدارِ : فلا خيارَ له وإن لم يُشاهِدْ بيوتَها .

وكذلك إذا رأىٰ خارجَ الدار .

ونَظَرُ الوكيل : كنظر المشتري، حتىٰ لا يَرُدُّه إلا من عيبٍ، ولا يكونُ نظرُ الرسول كنظره، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله .

وشَرَطَ بعضُهم رؤيةَ القوائم.

والأولُ هو المَرْويُّ عن أبي يوسف رحمه الله.

وفي شاةِ اللحم: لا بدَّ من الجَسِّ؛ لأن المقصودَ وهو اللحمُ يُعرَفُ به.

وفي شاة القِنْية[1]: لا بدَّ من رؤية الضَّرْع.

وفيما يُطعَمُ: لا بدَّ من الذَّوْق؛ لأن ذلك هو المعرِّفُ للمقصود.

قال: (وإن رأىٰ صحنَ الدارِ: فلا خيارَ له وإن لم يُشاهِدْ بيوتَها.

وكذلك إذا رأىٰ خارجَ الدار)، أو رأىٰ أشجارَ البستان من خارج.

وعند زفر رحمه الله: لا بدَّ من دخولِ داخلِ البيوت.

والأصحُّ أن جوابَ «الكتاب[2]» علىٰ وِفاقِ عادتِهم في الأَبْنِيَة، فإنَّ دُورَهم لم تكن متفاوتةً يومئذٍ، فأما اليومَ فلا بدَّ من الدخول في داخلِ الدار؛ للتفاوت، والنظرُ إلىٰ الظاهر: لا يُوقِعُ العلمَ بالداخل.

قال: (ونَظَرُ الوكيل: كنظر المشتري، حتىٰ لا يَرُدُّه إلا من عيبٍ، ولا يكونُ نظرُ الرسول كنظره، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

---

(١) أي التي تُقتنىٰ للبيت، وتُحبس فيه؛ لأجل الدَّرِّ والنسل.

(٢) أي مختصر القدوري. البناية ١٠/١٣٩.

وقالا: هما سواءٌ، وله أن يَرُدَّه.

وقالا: هما سواءٌ، وله أن يَرُدَّه).

قال العبد الضعيف عصمه الله: معناه[١]: الوكيلُ بالقبض، فأما الوكيلُ بالشراء: فرؤيتُه تُسقِطُ الخيارَ، بالإجماع.

لهما: أنه توكَّلَ بالقبض، دون إسقاط الخيار، فلا يَملكُ ما لم يتوكَّلْ به، وصار كخيار العيب، والشرطِ، والإسقاطِ[٢] قصداً.

وله: أن القبضَ نوعان[٣]:

تامٌّ، وهو أن يَقبِضَه وهو يراه.

وناقصٌ، وهو أن يَقبضَه مستوراً.

وهذا لأن تمامَه بتمام الصفقة، ولا تَتِمُّ مع بقاء خيارِ الرؤية، والموكِّلُ مَلَكَه بنوعَيْه، فكذا الوكيلُ.

ومتىٰ[٤] قَبَضَ الموكِّلُ وهو يراه: سَقَطَ الخيارُ، فكذا الوكيلُ؛ لإطلاق التوكيل.

---

(١) أي معنىٰ قول محمد في الجامع الصغير: ونظرُ الوكيل: كنظر المشتري.

(٢) أي إسقاط الوكيل. ينظر البناية ١٠/١٤١.

(٣) وفي نُسخ: علىٰ نوعين.

(٤) جملة: ومتىٰ قَبَضَ الموكل... إلىٰ قوله: لإطلاق التوكيل: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

وبيعُ الأعمىٰ وشراؤه : جائزٌ، وله الخيارُ إذا اشترىٰ.

ثم يسقطُ خيارُه بجَسِّه المَبيعَ إذا كان يُعرَفُ بالجَسِّ، وبشَمِّه إذا كان يُعرَفُ بالشَّمِّ، وبذَوْقِه إذا كان يُعرَف بالذَّوْق.

ولا يسقطُ خيارُه في العقارِ حتىٰ يُوصَفَ له.

وإذا قَبَضَه مستوراً: انتهىٰ التوكيلُ بالناقص منه، فلا يَملِكُ إسقاطَه قصداً بعد ذلك.

بخلاف خيارِ العيب؛ لأنه لا يمنعُ تمامَ الصفقة، فيَتِمُّ القبضُ مع بقائه.

وخيارُ الشرط: علىٰ هذا الخلاف.

ولو سُلِّمَ[(١)]: فالموكِّلُ لا يَملِكُ التامَّ منه، فإنه لا يَسقطُ بقبضه؛ لأن الاختيارَ وهو المقصودُ بالخيار: يكون بعدَه، فكذا لا يَملِكُه وكيلُه.

وبخلاف الرسول؛ لأنه لا يملكُ شيئاً، وإنما إليه تبليغُ الرسالة، ولهذا لا يملكُ القبضَ والتسليمَ إذا كان رسولاً في البيع أو في الشراء.

قال: (وبيعُ الأعمىٰ وشراؤه: جائزٌ، وله الخيارُ إذا اشترىٰ)؛ لأنه اشترىٰ ما لم يره، وقد قرَّرناه من قبل.

(ثم يسقطُ خيارُه بجَسِّه المَبيعَ إذا كان يُعرَفُ بالجَسِّ، وبشَمِّه إذا كان يُعرَفُ بالشَّمِّ، وبذَوْقِه إذا كان يُعرَف بالذَّوْق)، كما في البصير.

قال: (ولا يسقطُ خيارُه في العقارِ حتىٰ يُوصَفَ له)؛ لأن الوصفَ يُقامُ مَقامَ الرؤية، كما في السَّلَم.

---

(١) أي بقاء الخيار.

وعن أبي يوسف رحمه الله : أنه إذا وَقَفَ في مكانٍ لو كان بصيراً لرآه، وقال : قد رضيتُ : سَقَطَ خيارُه.

ومَن رأىٰ أحدَ الثوبَيْن، فاشتراهما، ثم رأىٰ الآخَرَ : جاز له أن يردَّهما.

(وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه إذا وَقَفَ في مكانٍ لو كان بصيراً لرآه، وقال: قد رضيتُ: سَقَطَ خيارُه)، لأن التشبُّهَ يُقامُ مَقامَ الحقيقة في موضعِ العجز، كتحريك الشَّفَتَيْن يُقامُ مَقامَ القراءة في حَقِّ الأخرس في الصلاة، وإجراءِ المُوسىٰ مَقامَ الحَلْق في حَقِّ مَن لا شعرَ له في الحج.

وقال الحسن[1] رحمه الله: يُوكِّلُ وكيلاً يَقبِضُه[2]، وهو يراه.

وهذا أشبهُ بقول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن رؤيةَ الوكيل: كرؤية الموكِّل، علىٰ ما مرَّ آنفاً.

قال: (ومَن رأىٰ أحدَ الثوبَيْن، فاشتراهما، ثم رأىٰ الآخَرَ: جاز له أن يردَّهما)؛ لأن رؤيةَ أحدِهما لا تكون رؤيةَ الآخَرِ؛ للتفاوُتِ في الثياب، فبقيَ الخيارُ فيما لم يره.

ثم لا يَرُدُّه وحدَه، بل يَرُدُّهما؛ كي لا يكونَ تفريقاً للصفقة قبلَ التمام، وهذا لأن الصفقةَ لا تَتِمُّ مع خيارِ الرؤية قبلَ القبض وبعدَه، ولهذا يَتمكَّنُ من الردِّ بغير قضاءٍ، ولا رضاً، ويكونُ فسخاً من الأصل.

---

(١) أي الحسن بن زياد رحمه الله. البناية ١٠/١٤٥.

(٢) وفي نُسخ: بقبضه، وفي أخرىٰ: بالقبض.

ومَن مات وله خيارُ الرؤية : بَطَلَ خيارُه.

ومَن رأىٰ شيئاً، ثم اشتراه بعد مدةٍ، فإن كان علىٰ الصفة التي رآه : فلا خيارَ له.

وإن وَجَدَه متغيِّراً : فله الخيارُ.

قال: (ومَن مات وله خيارُ الرؤية: بَطَلَ خيارُه)؛ لأنه لا يجري فيه الإرثُ عندنا، وقد ذكرناه في خيار الشرط.

قال: (ومَن رأىٰ شيئاً، ثم اشتراه بعد مدةٍ، فإن كان علىٰ الصفة التي رآه: فلا خيارَ له)؛ لأن العِلْمَ بأوصافه حاصلٌ له بالرؤية السابقة، وبفواته[1]: يثبتُ الخيارُ، إلا إذا كان لا يَعلَمُه مَرْئِيَّه[2]؛ لعدم الرضا به.

(وإن وَجَدَه متغيِّراً: فله الخيارُ)؛ لأن تلك الرؤيةَ لم تقعْ مُعْلِمَةً بأوصافه، فكأنه لم يره.

وإن اختلفا في التغيُّر: فالقولُ للبائع؛ لأن التغيُّرَ حادثٌ، وسببُ اللزوم ظاهرٌ، إلا إذا بَعُدَتِ المدةُ، علىٰ ما قالوا[3]؛ لأن الظاهرَ شاهدٌ للمشتري.

بخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية؛ لأنها أمرٌ حادِثٌ، والمشتري يُنكِرُه، فيكون القولُ قولَه.

---

(١) أي بفوات العلم بأوصافه.

(٢) أي لا يعلم أنه هو الذي رآه. البناية ١٠/١٤٦.

(٣) أي المتأخرون. البناية ١٠/١٤٧، وهذا كلام المصنف المتوفىٰ سنة ٥٩٣هـ.

ومَن اشترىٰ عِدْلَ زُطِّيٍّ، ولم يَرَه، فباع منه ثوباً، أو وَهَبَه، وسلَّمَه: لم يَرُدَّ شيئاً منها، إلا من عيبٍ.

وكذلك خيارُ الشرط.

قال: (ومَن اشترىٰ عِدْلَ زُطِّيٍّ[1]، ولم يَرَه، فباع منه ثوباً، أو وَهَبَه، وسلَّمَه: لم يَرُدَّ شيئاً منها، إلا من عيبٍ.

وكذلك خيارُ الشرط)؛ لأنه تعذَّرَ الردُّ فيما خَرَجَ عن مِلْكِه، وفي ردِّ ما بقيَ: تفريقُ الصفقة قبلَ التمام؛ لأن خيارَ الرؤيةِ والشرطِ يمنعان تمامَها.

بخلاف خيارِ العيب؛ لأن الصفقةَ تَتِمُّ مع خيارِ العيبِ بعدَ القبضِ وإن كانت لا تَتِمُّ قبله.

وفيه[2]: وَضْعُ المسألة.

فلو عاد[3] إليه بسببٍ هو فَسْخٌ[4]: فهو[5] علىٰ خيار الرؤية، كذا ذَكَرَه شمس الأئمة السرخسي رحمه الله[6].

---

(١) الزُّطُّ: جيلٌ من الهند، تُنسبُ إليهم الثياب الزُّطِّيَّة. البناية ١٠/١٤٧.

(٢) أي في المقبوض: وَضْعُ المسألة السابقة مسألةِ الزُّطي معنىً.

(٣) أي ذلك الثوب المبيع أو الموهوب.

(٤) كالرد بخيار الرؤية أو الشرط.

(٥) أي المشتري

(٦) في المبسوط ١٣/٧٤.

. . . .

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه[١] لا يعودُ بعد سقوطه، كخيار الشرط، وعليه اعتمد القدوريُّ رحمه الله، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي خيار الرؤية.

باب خيار العَيْب

وإذا اطَّلع المشتري علىٰ عيبٍ في المَبيع : فهو بالخيار، إن شاء أَخَذَه بجميع الثمن، وإن شاء رَدَّه.

وليس له أن يُمْسِكَه، ويأخذَ النقصانَ.

وكلُّ ما أوجب نقصانَ الثمنِ في عادة التجَّار : فهو عيبٌ.

باب خيار العَيْب

قال: (وإذا اطَّلع المشتري علىٰ عيبٍ في المَبيع: فهو بالخيار، إن شاء أَخَذَه بجميع الثمن، وإن شاء رَدَّه)؛ لأن مطلَقَ العقدِ يقتضي وَصْفَ السلامة، فعند فَوَاتِه: يَتخيَّرُ؛ كي لا يتضرَّر بلزوم ما لا يرضىٰ به.

قال: (وليس له أن يُمْسِكَه، ويأخذَ النقصانَ)؛ لأن الأوصافَ لا يقابلُها شيءٌ من الثمن بمجردِ العقد.

ولأنه لم يرضَ بزواله عن ملكِه بأقلَّ من المسمىٰ، فيتضرَّرُ به، ودَفْعُ الضرر عن المشتري ممكنٌ بالردِّ بدون تضرُّر البائع[1].

والمرادُ: عيبٌ كان عندَ البائع، ولم يَرَه المشتري عند البيع، ولا عندَ القبضِ؛ لأنَّ ذلك رضاً به.

قال: (وكلُّ ما أوجب نقصانَ الثمنِ في عادة التجَّار: فهو عيبٌ)؛ لأن

---

(١) وفي نُسخ: تضرُّره.

والإباقُ، والبولُ في الفراش، والسرقةُ في الصغير: عيبٌ ما لم يَبلُغ، فإذا بَلَغَ: فليس ذلك بعيبٍ، حتىٰ يعاوِدَه بعد البلوغ.

والجنونُ في الصِّغَر: عيبٌ أبداً.

التضرُّرَ: بنقصان المالية، وذلك بانتقاصِ القيمة، والمَرْجعُ في معرفته: عُرْفُ أهلِه.

قال: (والإباقُ، والبولُ في الفراش، والسرقةُ في الصغير[١]: عيبٌ ما لم يَبلُغ، فإذا بَلَغَ: فليس ذلك بعيبٍ، حتىٰ يعاوِدَه بعد البلوغ).

ومعناه: إذا ظَهَرَتْ عندَ البائع في صِغَرِه، ثم حَدَثَتْ عند المشتري في صِغَرِه: فله أن يَرُدَّه؛ لأنه عينُ ذلك.

وإن حَدَثَتْ بعد بلوغِه: لم يَرُدَّه؛ لأنه غيرُ ذلك.

وهذا لأن سببَ هذه الأشياءِ يَختلفُ بالصِّغَر والكِبَر، فالبولُ في الفراش في الصِّغَر: لضَعْفٍ في المَثَانة، وبعد الكِبَر: لداءٍ في الباطن.

والإباقُ في الصِّغَر: لحُبِّ اللعب، والسرقةُ في الصِّغَر: لقلَّة المبالاة، وهما بعد الكِبَر: لخُبْثٍ في الباطن.

والمرادُ من الصغير: مَن يعقِلُ، فأما الذي لا يعقلُ: فهو ضالٌّ، لا آبقٌ، فلا يتحقَّقُ عيباً.

قال: (والجنونُ في الصِّغَر[٢]: عيبٌ أبداً).

---

(١) هذه الأشياء الثلاثة عيبٌ في الصغير ما لم يبلغ. البناية ١٠/١٥٧.

(٢) وفي نُسخ: الصغير.

والبَخَرُ، والدَّفَرُ: عيبٌ في الجارية، وليس بعيبٍ في الغلام.

إلا أن يكونَ من داءٍ.

والزنا، وولدُ الزنا: عيبٌ في الجارية، دونَ الغلام.

ومعناه[١]: إذا جُنَّ في الصِّغَر في يدِ البائع، ثم عاوَدَه في يد المشتري، في الصِّغَر أو في الكِبَر: يَرُدُّه؛ لأنه عَيْنُ الأول، إذِ السببُ في الحالَيْن متحدٌ، وهو فسادُ الباطن.

وليس معناه[٢]: أنه لا تُشترطُ المعاوَدَةُ في يد المشتري؛ لأن اللهَ تعالىٰ قادرٌ علىٰ إزالته وإن[٣] كان قلَّما يزولُ، فلا بدَّ من المعاودة للردِّ.

قال: (والبَخَرُ[٤]، والدَّفَرُ[٥]: عيبٌ في الجارية).

لأن المقصودَ قد يكونُ الاستفراشُ، وطلبُ الولد، وهما[٦] يُخِلَّان به[٧].

قال: (وليس بعيبٍ في الغلام)؛ لأن المقصودَ هو الاستخدامُ، ولا يُخِلَّان به، (إلا أن يكونَ من داءٍ)؛ لأن الداء عيبٌ.

قال: (والزنا، وولدُ الزنا: عيبٌ في الجارية، دونَ الغلام)؛ لأنه يُخِلُّ

---

(١) أي معنىٰ ما قاله محمد رحمه الله.

(٢) أي ليس معنىٰ قوله: أبداً. حاشية سعدي علىٰ الهداية.

(٣) وصلية.

(٤) رائحةٌ متغيرة من الفم، والدَّفر: نَتَنُ ريح الإبط.

(٥) وفي نُسخٍ كثيرةٍ: بالذال: الذفر، والصواب: بالدال. البناية ١٠/١٦٣.

(٦) أي البخر والدفر.

(٧) أي بالمقصود من الجارية.

والكفرُ: عيبٌ فيهما.

فلو كانت الجاريةُ بالغةً لا تحيضُ، أو هي مستحاضةٌ: فهو عيبٌ.

بالمقصود في الجارية، وهو الاستفراشُ، وطلبُ الولد، ولا يُخِلُّ بالمقصود في الغلام، وهو الاستخدامُ، إلا أن يكون الزنا عادةً له، علىٰ ما قالوا؛ لأن اتِّباعَهُنَّ[1] يُخِلُّ بالخدمة.

قال: (والكفرُ: عيبٌ فيهما)؛ لأن طَبْعَ المسلمِ يَنفِرُ عن صحبته.

ولأنه يمتنعُ صَرْفُه في بعض الكفارات، فتختَلُّ الرغبةُ.

فلو اشتراه علىٰ أنه كافرٌ، فوَجَدَه مسلماً: لا يَرُدُّه؛ لأنه زال العيبُ.

وقال الشافعي[2] رحمه الله: يَرُدُّه؛ لأن الكافرَ يُستعمَلُ فيما لا يُستعمَلُ فيه المسلمُ، وفواتُ الشرط: بمنزلة العيب.

قال: (فلو كانت الجاريةُ بالغةً لا تحيضُ، أو هي مستحاضةٌ: فهو عيبٌ)؛ لأن ارتفاعَ الدمِ واستمرارَه علامةُ الداء.

ويُعتبرُ في الارتفاع[3] أقصىٰ غايةِ البلوغ، وهو سَبْعَ عشرة سَنَةً فيها عند أبي حنيفة رحمه الله[4].

---

(١) أي اتِّباع الغلامِ للبنات.

(٢) نهاية المطلب ٥/٢٤٧.

(٣) أي ارتفاع الحيض.

(٤) وعندهما: خمس عشرة سنة. البناية ١٠/١٦٧.

وإذا حَدَثَ عند المشتري عَيْبٌ، فاطَّلَعَ علىٰ عيبٍ كان عند البائع : فله أن يرجعَ بالنقصان، ولا يَرُدُّ المبيعَ، إلا أن يرضىٰ البائعُ أن يأخذَه بعيبه.

ومَن اشترىٰ ثوباً، فقطَعَه، فوَجَدَ به عيباً : رَجَعَ بالعيب.

فإن قال البائعُ : أنا أَقْبَلُه كذلك : كان له ذلك.

ويُعرَفُ ذلك بقول الأَمَة، فتُرَدُّ الأمةُ إذا انضمَّ إليه نكولُ البائع[1] قبل القبض، وبعدَه، وهو الصحيح.

قال: (وإذا حَدَثَ عند المشتري عَيْبٌ، فاطَّلَعَ علىٰ عيبٍ كان عند البائع: فله أن يرجعَ بالنقصان، ولا يَرُدُّ المبيع).

لأن في الردِّ إضراراً بالبائع؛ لأنه خَرَجَ عن ملكِه سالماً، ويعودُ معيباً، فاستنع، ولا بدَّ من دَفْعِ الضرر عنه، فتعيَّن الرجوعُ بالنقصان.

(إلا أن يرضىٰ البائعُ أن يأخذَه بعيبه)؛ لأنه رَضِيَ بالضرر.

قال: (ومَن اشترىٰ ثوباً، فقطَعَه، فوَجَدَ به عيباً: رَجَعَ بالعيب[2])؛ لأنه امتنع الردُّ بالقطع، فإنه[3] عيبٌ حادثٌ.

قال: (فإن قال البائعُ: أنا أَقْبَلُه كذلك: كان له ذلك)؛ لأن الامتناعَ لِحَقِّه، وقد رضِيَ به.

---

(١) أي امتناعه عن اليمين مع قولها بأنها لا تحيض، أو هي مستحاضة.

(٢) وفي نُسخ: بالنقصان.

(٣) أي القطع.

فإن باعه المشتري : لم يرجع بشيءٍ.

فإن قَطَعَ المشتري الثوبَ، وخاطَه، أو صَبَغَه أحمرَ، أو لَتَّ السَّوِيقَ بسمنٍ، ثم اطَّلع علىٰ عيبٍ : رَجَعَ بنقصانه، وليس للبائع أن يأخذَه.

فإن باعه المشتري بعدَ ما رأىٰ العيبَ : رَجَعَ بالنقصان.

قال: (فإن باعه المشتري: لم يرجع بشيءٍ)؛ لأن الردَّ غيرُ ممتنعٍ برضا البائع، فيصيرُ هو بالبيع حابساً المبيعَ، فلا يَرجعُ بالنقصان.

قال: (فإن قَطَعَ المشتري الثوبَ، وخاطَه، أو صَبَغَه أحمرَ، أو لَتَّ السَّوِيقَ بسمنٍ، ثم اطَّلع علىٰ عيبٍ: رَجَعَ بنقصانه)؛ لامتناع الردِّ بسبب الزيادة؛ لأنه لا وجهَ إلىٰ الفسخ في الأصلِ بدونها؛ لأنها لا تنفكُّ عنه، ولا وجهَ إليه معها؛ لأن الزيادةَ ليست بمَبيعةٍ، فامتنع أصلاً.

(وليس للبائع أن يأخذَه)؛ لأن الامتناعَ لِحَقِّ الشرع[1]، لا لِحَقِّه.

قال: (فإن باعه المشتري بعدَ ما رأىٰ العيبَ: رَجَعَ بالنقصان)؛ لأن الردَّ ممتَنِعٌ أصلاً قبلَه، فلا يكونُ بالبيع حابساً المبيعَ.

وعن هذا قلنا: إنَّ مَن اشترىٰ ثوباً، فقَطَعَه لباساً لولدِه الصغيرِ، وخاطَه، ثم اطَّلَعَ علىٰ عيبٍ: لا يرجعُ بالنقصان.

ولو كان الولدُ كبيراً: يرجعُ؛ لأن التمليكَ حَصَلَ في الأول قبلَ الخياطة، وفي الثاني: بعدها بالتسليم إليه.

---

(١) أي امتناع الرد لحَقِّ الشرع بشبهة الربا. البناية ١٠/١٧٥.

ومَن اشترىٰ عبداً، فأعتقه المشتري، أو مات عنده، ثم اطَّلَعَ علىٰ عيبٍ: رَجَعَ بنقصانه.

وإن أعتقه علىٰ مالٍ: لم يرجعْ بشيءٍ.

قال: (ومَن اشترىٰ عبداً، فأعتقه المشتري، أو مات عنده، ثم اطَّلَعَ علىٰ عيبٍ: رَجَعَ بنقصانه).

أما الموتُ: فلأن الملكَ ينتهي به، والامتناعُ حُكميٌّ، لا بفعله.

وأما الإعتاقُ: فالقياسُ فيه أن لا يرجعَ؛ لأن الامتناعَ بفِعْلِه، فصار كالقتل.

وفي الاستحسان: يرجعُ؛ لأن العتقَ إنهاءُ الملك؛ لأن الآدميَّ ما خُلِقَ في الأصل مَحَلاً للملك فيه، وإنما يثبتُ الملكُ فيه مؤقتاً إلىٰ الإعتاق، فكان إنهاءً، فصار[1] كالموت، والبيع.

وهذا لأن الشيءَ يتقرَّرُ بانتهائه، فيُجعَلُ كأنَّ الملكَ باقٍ، والردُّ متعذِّرٌ.

والتدبيرُ، والاستيلادُ: بمنزلته؛ لأنه تعذَّرَ النقلُ مع بقاءِ المَحَلِّ بالأمر الحُكْمي.

قال: (وإن أعتقه علىٰ مالٍ: لم يرجعْ بشيءٍ)؛ لأنه حَبَسَ بَدَلَه، وحَبْسُ البدل: كحبس المُبدَل.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يرجعُ؛ لأنه إنهاءٌ للملك وإن كان بعوض.

---

(١) أي انتهاؤه.

فإن قَتَلَ المشتري العبدَ، أو كان طعاماً فأكَلَه : لم يرجعْ بشيءٍ عند أبي حنيفة رحمه الله .

وعن أبي يوسف رحمه الله : أنه يرجعُ.

وأما الأكل : فعلىٰ الخلاف .

قال: (فإن قَتَلَ المشتري العبدَ، أو كان طعاماً فأكَلَه: لم يرجعْ بشيءٍ عندِ أبي حنيفة رحمه الله).

أما القتلُ: فالمذكورُ ظاهرُ الرواية.

(وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يرجعُ)؛ لأنَّ قَتْلَ المولىٰ عبدَه لا يتعلَّق به حكمٌ دنيويٌّ، فصار كالموت حَتْفَ أنفِه، فيكون إنهاءً.

ووجهُ الظاهر: أن القتلَ لا يوجدُ إلا مضموناً.

وإنما يسقطُ الضمانُ ها هنا: باعتبار الملك، فيصيرُ كالمستفيد به عوضاً، بخلاف الإعتاق؛ لأنه لا يوجِبُ الضمانَ لا محالةَ، كإعتاق المعسرِ عبداً مشتركاً.

قال: (وأما الأكل: فعلىٰ الخلاف)، فعندهما: يرجع، وعنده: لا يرجعُ، استحساناً.

وعلىٰ هذا الخلاف: إذا لَبِسَ الثوبَ حتىٰ تخرَّق.

لهما: أنه صَنَعَ في المَبيع ما يُقصَدُ بشرائه، ويُعتادُ فعلُه فيه، فأشبه الإعتاقَ.

وله: أنه تعذَّر الردُّ بفعلٍ مضمونٍ منه في المبيع، فأشبه البيعَ، والقتلَ.

ومَن اشترىٰ بيضاً أو بِطِّيْخاً أو قِثَّاءً أو خِياراً أو جَوْزاً، فكَسَرَه، فوَجَدَه فاسداً: فإن لم يَنتفِعْ به: رَجَعَ بالثمن كلِّه.

وإن كان يَنتَفِعُ به مع فسادِهِ: لم يَرُدَّه، و يرجعُ بنقصان العيب.

ولا معتبرَ بكونه مقصوداً؛ ألا يُرىٰ أن البيعَ مما يُقصَدُ بالشراء، ثم هو يَمنعُ الرجوعَ.

فإن أكَلَ بعضَ الطعام، ثم عَلِمَ بالعيب: فكذا الجوابُ عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الطعامَ كشيءٍ واحدٍ، فصار كبيع البعض.

وعندهما: أنه يرجعُ بنقصان العيبِ في الكلِّ.

وعنهما: أنه يَرُدُّ ما بقيَ؛ لأنه لا يضرُّه التبعيضُ.

قال: (ومَن اشترىٰ بيضاً أو بِطِّيْخاً أو قِثَّاءً أو خِياراً أو جَوْزاً، فكَسَرَه، فوَجَدَه فاسداً: فإن لم يَنتفِعْ به: رَجَعَ بالثمن كلِّه)؛ لأنه ليس بمالٍ، فكان البيعُ باطلاً.

ولا يُعتبرُ في الجَوْز صلاحُ قِشْره، علىٰ ما قيل؛ لأن ماليَّته باعتبار اللُّبِّ.

قال: (وإن كان يَنتَفِعُ به مع فسادِه: لم يَرُدَّه)؛ لأن الكَسْرَ عيبٌ حادِثٌ.

(و) لكنه (يرجعُ بنقصان العيب)؛ دفعاً للضرر بقَدْر الإمكان.

وقال الشافعي[1] رحمه الله: يردُّه؛ لأن الكسرَ بتسليطه.

قلنا: التسليطُ علىٰ الكسرِ في مِلكِ المشتري، لا في ملكِه، فصار كما إذا كان ثوباً، فقَطَعَه.

---

(١) روضة الطالبين ٣/٤٨٦.

ومَن باع عبداً، فباعه المشتري، ثم رُدَّ عليه بعيبٍ : فإن قَبِلَه بقضاء القاضي، بإقرارٍ أو ببيِّنةٍ، أو بإباءٍ عن يمينٍ : له أن يردَّه علىٰ بائعِه.

وإن قَبِلَه بغير قضاءِ القاضي : ليس له أن يَرُدَّه.

ولو وَجَدَ البعضَ فاسداً، وهو قليلٌ: جاز البيعُ، استحساناً؛ لأنه لا يخلو عن قليلٍ فاسدٍ، والقليلُ: ما لا يخلو عنه الجَوْزُ عادةً، كالواحدِ والاثنينِ في المائة.

وإن كان الفاسدُ كثيراً: لا يجوزُ، ويرجعُ بكل الثمن؛ لأنه جَمَعَ بين المال وغيرِه، فصار كالجمع بين الحرِّ وعبده.

قال: (ومَن باع عبداً، فباعه المشتري، ثم رُدَّ عليه بعيبٍ: فإن قَبِلَه بقضاء القاضي، بإقرارٍ أو ببيِّنةٍ، أو بإباء عن يمينٍ: له أن يردَّه علىٰ بائعِه)؛ لأنه فَسْخٌ من الأصل، فجُعِلَ البيعُ كأنْ لم يكن، غايةُ الأمر أنه أنكر قيامَ العيب؛ لكنه صار مُكذَّباً شرعاً بالقضاء.

ومعنىٰ القضاءِ بالإقرار: أنه أنكر الإقرارَ، فأُثبت بالبيِّنة.

وهذا بخلاف الوكيلِ بالبيع، إذا رُدَّ عليه بعيبٍ بالبينة، حيثُ يكونُ ردّاً علىٰ الموكِّل؛ لأن البيعَ هناك واحدٌ، والموجودُ ها هنا بَيْعان، فبفَسْخِ الثاني: لا ينفسخُ الأولُ.

قال: (وإن قَبِلَه بغير قضاء القاضي: ليس له أن يَرُدَّه)؛ لأنه بيعٌ جديدٌ في حقِّ ثالثٍ وإن[1] كان فسخاً في حقِّهما، والأولُ ثالثُهما.

---

(١) إن: هنا وصليةٌ.

وفي «الجامع الصغير»: وإن رُدَّ عليه بغير قضاءٍ، بعيبٍ لا يَحدُثُ مثلُه: لم يكنْ له أن يخاصِمَ الذي باعه.

ومَن اشترىٰ عبداً، فقبَضَه، فادعىٰ عيباً: لم يُجبَرْ علىٰ دَفْع الثمنِ حتىٰ يُحَلَّفَ البائعُ، أو يُقيمَ المشتري بيِّنةً.

(وفي «الجامع الصغير[1]»: وإن رُدَّ عليه بغير قضاءٍ، بعيبٍ لا يَحدُثُ مثلُه: لم يكنْ له أن يخاصِمَ الذي باعه).

وبهذا تبيَّنُ أن الجوابَ: فيما يَحدُثُ مثلُه، وفيما لا يحدُثُ مثله: سواءٌ.

وفي بعض روايات البيوع[2]: إنَّ فيما لا يَحدُثُ مثلُه: يُرجَعُ بالنقصان[3]؛ للتيقُّن بقيام العيبِ عند البائع الأول[4].

قال: (ومَن اشترىٰ عبداً، فقبَضَه، فادعىٰ عيباً: لم يُجبَرْ علىٰ دَفْع الثمنِ حتىٰ يُحَلَّفَ البائعُ، أو يُقيمَ المشتري بيِّنةً[5])؛ لأنه أنكر وجوبَ دَفْع الثمن، حيث أنكر تعيُّنَ حَقِّه بدعوىٰ العيب، ودَفْعُ الثمنِ أوَّلاً ليتعيَّنَ حَقُّه بإزاء تعيُّنِ المبيع.

---

(١) ص١٧٨.

(٢) أي بيوع الأصل.

(٣) لفظ: بالنقصان: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٤) والصحيح رواية الجامع الصغير. البناية ١٠/١٨٦.

(٥) فإن حَلَفَ البائعُ: دفع المشتري إليه الثمن، وإن أقام المشتري البينة: فهو إن شاء يدفع الثمن، أو المبيع. من حاشية نسخة نائب القاضي بتاريخ ٨٠١هـ.

فإن قال المشتري : شهودي بالشام : استُحلِفَ البائعُ، ودفَعَ الثمنَ.

ومَن اشترىٰ عبداً، فادَّعىٰ إباقاً : لم يُحلَّفِ البائعُ حتىٰ يُقيمَ المشتري البينةَ أنه أَبَقَ عنده.

ولأنه[١] لو قُضِيَ بالدفع[٢]: فلعله يظهرُ العيبُ، فيَنتقضُ القضاءُ، فلا يُقضَىٰ به؛ صوناً لقضائه عن النَّقْض.

قال: (فإن قال المشتري: شهودي بالشام[٣]: استُحلِفَ البائعُ، ودَفَعَ[٤] الثمنَ).

يعني إذا حَلَفَ، ولا يُنتَظَرُ حضورُ الشهود[٥]؛ لأن في الانتظار ضرراً بالبائع، وليس في الدفع كثيرُ ضررٍ به؛ لأنه علىٰ حُجَّتِه.

أما إذا نَكَلَ: أُلزِمَ المَعِيبَ[٦]؛ لأنه حجةٌ فيه[٧].

قال: (ومَن اشترىٰ عبداً، فادَّعىٰ إباقاً: لم يُحَلَّفِ البائعُ حتىٰ يُقيمَ المشتري البينةَ أنه أَبَقَ عنده).

---

(١) أي لأن القاضي لو قضىٰ. البناية ١٠/١٨٧.

(٢) أي بدفع الثمن.

(٣) أي إذا طُلب من المشتري إقامة البينة علىٰ ما ادعاه، فقال: شهودي غُيَّبٌ في الشام: استُحلف البائع، ولا يُنتظر حضور الشهود. البناية ١٠/١٨٧.

(٤) أي المشتري.

(٥) قوله: ولا يُنتَظر حضور الشهود: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٦) وفي نُسخ: العيب.

(٧) أي في ثبوت العيب.

فإذا أقامها: حُلِّفَ بالله تعالىٰ: لقد باعه، وسَلَّمه إليه، وما أَبَقَ عنده قطُّ.

والمرادُ: التحليفُ علىٰ أنه لم يأبِقْ عنده؛ لأن القولَ وإن كان قولَه، ولكنَّ إنكارَه إنما يُعتبرُ بعد قيامِ العيبِ به[١] في يدِ المشتري، ومعرفتُه[٢]: بالحجَّة.

قال: (فإذا أقامها[٣]: حُلِّفَ بالله تعالىٰ: لقد باعه، وسَلَّمه إليه، وما أَبَقَ عنده قطُّ)، كذا قال في «الكتاب[٤]».

وإن شاء حَلَّفه بالله: ما له حَقُّ الردِّ عليكَ من الوجه الذي يدعي، أو: بالله ما أَبَقَ عندك قطُّ.

أمَّا لا يحلِّفُه: بالله لقد باعه وما به هذا العيبُ، ولا: بالله لقد باعه وسلَّمه وما به هذا العيبُ؛ لأن فيه تَرْكَ النظر للمشتري؛ لأن العيبَ قد يَحدُثُ بعد البيع، قبلَ التسليم، وهو موجِبٌ للرد.

والأولُ[٥]: ذُهولٌ عنه، والثاني[٦]: يوهِمُ تعلُّقَه[٧] بالشرطَين، فيتأوَّلُه[٨]

---

(١) أي بالمعيب، وهو العبد.

(٢) أي معرفة قيام العيب.

(٣) أي الحُجَّة.

(٤) أي في الجامع الصغير ص١٧٧. البناية ١٠/١٨٩.

(٥) أي التحليف بقوله: بالله لقد باعه وما به هذا العيبُ: غفلةٌ عن حدوث العيب بهذا البيع قبل التسليم، وهو موجبٌ للرد.

(٦) أي التحليف بالله: لقد باعه وسلَّمه وما به هذا العيب.

(٧) أي تعلُّق عدم العيب بالشرطين.

(٨) أي البائع.

ومَن اشترىٰ جاريةً، وتقابَضَا، فوَجَدَ بها عيباً، فقال البائع : . . . . . .

في اليمين عند قيامِه وقتَ التسليم، دون البيع.

ولو لم يجدِ المشتري بينةً علىٰ قيامِ العيبِ عنده، وأراد تحليفَ البائع: بالله ما يعلم أنه أَبَقَ عنده: يُحلَّفُ علىٰ قولهما[١].

واختلف المشايخُ رحمهم الله علىٰ قولِ أبي حنيفة رحمه الله[٢].

لهما: أن الدعوىٰ معتبرةٌ، حتىٰ يَترتبُ عليها البينةُ، فكذا يترتَّبُ عليه التحليفُ.

وله علىٰ ما قاله البعضُ[٣]: أن الحلفَ يترتَّبُ علىٰ دعوىً صحيحةٍ، وليست تَصِحُّ إلا مِن خصمٍ، ولا يصيرُ خصماً فيه إلا بعد قيامِ العيب.

وإذا نكَلَ عن اليمين عندهما: يُحلَّفُ ثانياً للردِّ، علىٰ الوجه الذي قدَّمناه[٤].

قال رضي الله عنه: إذا كانتِ الدعوىٰ في إباقِ الكبير: يُحلَّفُ: بالله ما أَبَقَ منذ بَلَغَ مَبلغَ الرجال؛ لأن الإباقَ في الصِّغَر لا يوجِبُ ردَّه بعد البلوغ.

قال: (ومَن اشترىٰ جاريةً، وتقابَضَا، فوَجَدَ بها عيباً، فقال البائع:

---

(١) أي قول الصاحبين علىٰ العلم؛ لأنه تحليفٌ علىٰ فعل الغير.

(٢) فقيل: يحلف عنده أيضاً، وقيل: لا يحلف، وهو الأصح. البناية ١٠/١٩٠.

(٣) أي بعض المشايخ. البناية ١٠/١٩١.

(٤) أي يحلف علىٰ البتات.

بعتُكَ هذه الجاريةَ وأخرىٰ معها، وقال المشتري: بعتَنِيها وحدَها: فالقولُ قولُ المشتري.

ومَن اشترىٰ عبدَيْن صفقةً واحدةً، فقَبَضَ أحدَهما، ووَجَدَ بالآخَر عيباً: فإنه يأخذُهما، أو يَدَعُهما.

بعتُكَ هذه الجاريةَ وأخرىٰ معها، وقال المشتري: بعتَنِيها وحدَها: فالقولُ قولُ المشتري)؛ لأن الاختلافَ في مقدار المقبوض، فيكونُ القولُ قولَ القابض، كما في الغصب.

وكذا إذا اتفقا علىٰ مقدارِ المَبيع، واختلفا في المقبوض[1]؛ لِمَا بيَّنَّا.

قال: (ومَن اشترىٰ عبدَيْن صفقةً واحدةً، فقَبَضَ أحدَهما، ووَجَدَ بالآخَر عيباً: فإنه يأخذُهما، أو يَدَعُهما)؛ لأنَّ الصفقةَ تَتِمُّ بقَبْضهما، فيكونُ تفريقُها قبلَ التمام، وقد ذكرناه.

وهذا لأن القبضَ له شَبَهٌ[2] بالعقد، فالتفريقُ فيه كالتفريق في العقد.

ولو وَجَدَ بالمقبوض عيباً: اختلفوا فيه.

ويُروىٰ عن أبي يوسف رحمه الله أنه يردُّه خاصةً.

والأصحُّ أنه يأخذُهما، أو يردُّهما؛ لأن تمامَ الصفقة تعلَّقَ بقبض المبيع، وهو اسمٌ للكلِّ، وصار كحبس المَبيع لَمَّا تعلَّقَ زوالُه باستيفاء الثمن: لا يزولُ دون قَبْضِ جميعه.

---

(١) أي في مقدار المقبوض.

(٢) وتُضبط أيضاً: شِبْهٌ.

ومَن اشترىٰ شيئاً مما يُكالُ أو يُوزَنُ، فوَجَدَ ببعضه عيباً : ردَّه كلَّه، أو أَخَذَه كلَّه.

ولو استُحِقَّ بعضُه : فلا خيارَ له في رَدِّ ما بقِيَ.

ولو قَبَضَهما، ثم وَجَدَ بأحدهما عيباً: يرُدُّه خاصةً.

خلافاً لزفر رحمه الله.

هو يقولُ: فيه تفريقُ الصفقة، ولا يَعرَىٰ عن ضررٍ؛ لأن العادةَ جَرَتْ بضَمِّ الجيد إلىٰ الرديء، فأشبه ما قبلَ القبض، وخيارَ الرؤيةِ، والشرطِ.

ولنا: أنه تفريقٌ بعد تمامِ الصفقة؛ لأنَّ بالقبض: تَتِمُّ الصفقةُ في خيار العيب، وفي خيار الرؤيةِ والشرطِ: لا تَتِمُّ به فيهما؛ علىٰ ما مرَّ.

ولهذا لو استُحِقَّ أحدُهما: ليس له أن يَردَّ الآخَر.

قال: (ومَن اشترىٰ شيئاً مما يُكالُ أو يُوزَنُ، فوَجَدَ ببعضه عيباً: ردَّه كلَّه، أو أَخَذَه كلَّه).

ومرادُه بعدَ القبض؛ لأن المَكيلَ إذا كان من جنسٍ واحدٍ: فهو كشيءٍ واحدٍ؛ ألا يُرىٰ أنه يُسمَّىٰ باسمٍ واحدٍ، وهو الكُرُّ[1]، ونحوُه.

وقيل: هذا إذا كان في وعاءٍ واحدٍ، فإذا كان في وعاءَيْن: فهو بمنزلة عبدَيْن، حتىٰ يَرُدُّ الوعاءَ الذي وَجَدَ فيه العيبَ، دونَ الآخَر.

قال: (ولو استُحِقَّ بعضُه: فلا خيارَ له في رَدِّ ما بقِيَ).

---

(١) مكيالٌ لأهل العراق. البناية ١٠/١٩٦.

وإن كان ثوباً واحداً: فله الخيارُ.

ومَن اشترىٰ جاريةً، فوجد بها قَرْحاً، فداواها، أو كانت دابةً، فركِبَها في حاجته: فهو رضاً.

وإن ركِبَها ليردَّها علىٰ بائعِها، أو ليَسقِيَها، أو ليشتريَ لها عَلَفاً: فليس ذلك برضاً.

لأنه لا يضرُّه التبعيضُ، والاستحقاقُ لا يمنعُ تمامَ الصفقة؛ لأن تمامَها برضا العاقد، لا برضا المالك.

وهذا إذا كان بعدَ القبض، أما لو كان ذلك قبلَ القبض: له أن يَرُدَّ ما بقيَ؛ لتفرُّقِ الصفقةِ قبلَ التمام.

قال: (وإن كان ثوباً واحداً: فله الخيارُ)؛ لأن التشقِيْصَ فيه[1] عيبٌ، وقد كان وقتَ البيع، حيث ظَهَرَ الاستحقاقُ، بخلاف المكيلِ والموزون.

قال: (ومَن اشترىٰ جاريةً، فوجد بها قَرْحاً[2]، فداواها، أو كانت دابةً، فركِبَها في حاجته[3]: فهو رضاً)؛ لأن ذلك دليلُ قصدِهِ الاستبقاءَ.

بخلاف خيارِ الشرط؛ لأن الخيارَ هناك للاختبار، وأنه بالاستعمال، فلا يكونُ الركوبُ مُسقِطاً.

قال: (وإن ركِبَها ليردَّها علىٰ بائعِها، أو ليَسقِيَها، أو ليشتريَ لها عَلَفاً: فليس ذلك برضاً).

---

(١) أي لأن التجزئة في الثوب عيبٌ. ينظر المغرب (شقص).

(٢) بضم القاف وفتحها.

(٣) وفي نُسخ: حاجة.

ومَن اشترىٰ عبداً قد سَرَقَ، ولم يَعلَمْ به، فقُطِعَ عند المشتري: له أن يُرَدَّه، ويأخذَ الثمنَ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يرجعُ بما بين قيمتِه سارقاً، إلىٰ قيمتِه غيرِ سارق.

أما الركوبُ للردِّ: فلأنه سببُ الرد.

والجوابُ في السَّقْي، واشتراءِ العَلَفِ: محمولٌ علىٰ ما إذا كان لا يجدُ بُدّاً منه، إما لصعوبتها، أو لعَجْزه، أو لكونِ العَلَفِ في عِدْلٍ واحد.

وأما إذا كان يجدُ بُدّاً منه لانعدام ما ذكرناه: يكون رضاً.

قال: (ومَن اشترىٰ عبداً قد سَرَقَ، ولم يَعلَمْ به، فقُطِعَ عند المشتري: له أن يُرَدَّه، ويأخذَ الثمنَ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يرجعُ بما بين قيمتِه سارقاً، إلىٰ قيمتِه غيرِ سارق).

وعلىٰ هذا الخلاف: إذا قُتِلَ بسببٍ وُجِدَ في يد البائع.

والحاصلُ: أنه بمنزلةِ الاستحقاقِ عنده، وبمنزلةِ العيبِ عندهما.

لهما: أن الموجودَ في يدِ البائعِ سببُ القطعِ والقتلِ، وأنه لا ينافي الماليةَ، فينفُذُ العقدُ فيه، لكنه متعيِّبٌ، فيَرجِعُ بنقصانه عند تعذُّر ردِّه.

وصار كما إذا اشترىٰ جاريةً حاملاً، فماتت في يده بالولادة: فإنه يَرجعُ بفضل ما بين قيمتِها حاملاً إلىٰ غيرِ حامل.

وله: أن سببَ الوجوبِ وُجِدَ في يدِ البائع، والوجوبُ يُفضِي إلىٰ الوجود، فيكونُ الوجودُ مضافاً إلىٰ السببِ السابق، وصار كما إذا قُتِلَ المغصوبُ، أو قُطِعَ بعد الردِّ بجنايةٍ وُجِدَتْ في يدِ الغاصب.

. . . .

وما ذُكِرَ من المسألة ممنوعةٌ[١].

ولو سَرَقَ في يدِ البائعِ، ثم في يدِ المشتري، فقُطِعَ بهما:

عندهما: يَرجعُ بالنقصان، كما ذكرنا.

وعنده: لا يَردُّه بدون رضا البائع؛ للعيب الحادث، ويرجعُ برُبُع الثمن.

وإن قَبِلَه البائعُ: فبثلاثة الأرباع؛ لأن اليدَ من الآدمي: نصفُه، وقد تَلِفَتْ بالجنايتَيْن، وفي إحداهما الرجوعُ، فيَتَنَصَّفُ.

ولو تداولَتْه الأيدي، ثم قُطِعَ في يدِ الأخير: رَجَعَ الباعةُ بعضُهم علىٰ بعضٍ عنده، كما في الاستحقاق.

وعندهما: يرجعُ الأخيرُ علىٰ بائعِه، ولا يَرجعُ بائعُه علىٰ بائعِه؛ لأنه بمنزلة العيب.

وقولُه في «الكتاب[٢]»: ولم يَعلمِ المشتري: يُفيدُ علىٰ مذهبِهما؛ لأن العلمَ بالعيب: رضاً به.

ولا يُفيدُ علىٰ قوله، في الصحيح؛ لأن العلمَ بالاستحقاق: لا يمنعُ الرجوعَ.

---

(١) أي وما ذُكر من مسألة الحامل: ممنوعةٌ، ووجه المنع علىٰ قولهما. البناية ١٠/٢٠١.

(٢) أي قول محمد رحمه الله في الجامع الصغير ص١٧٨.

ومَن باع عبداً، وشَرَطَ البراءةَ من كلِّ عيبٍ: فليس له أن يردَّه بعيبٍ وإن لم يُسمِّ العيوبَ، ولم يَعُدَّها.

قال: (ومَن باع عبداً، وشَرَطَ البراءةَ من كلِّ عيبٍ: فليس له أن يردَّه بعيبٍ وإن لم يُسمِّ العيوبَ، ولم يَعُدَّها[١]).

وقال الشافعي[٢] رحمه الله: لا تَصِحُّ البراءةُ؛ بناءً علىٰ مذهبِه، أن الإبراءَ عن الحقوقِ المجهولةِ: لا يصح.

هو يقولُ: إن في الإبراءِ معنىٰ التمليك، حتىٰ يرتَدُّ بالردِّ، وتمليكُ المجهولِ لا يصحُّ.

ولنا: أن الجهالةَ في الإسقاطِ لا تُفضِي إلىٰ المَنازعةِ وإن كان في ضِمْنِه التمليكُ؛ لعدم الحاجةِ إلىٰ التسليم، فلا تكونُ مُفسِدةً.

ويدخلُ في هذه البراءة: العيبُ الموجودُ، والحادثُ قبلَ القبض في قول أبي يوسف رحمه الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: لا يدخلُ فيه الحادثُ، وهو قولُ زفر رحمه الله؛ لأن البراءةَ تتناول الثابتَ.

ولأبي يوسف رحمه الله: أن الغَرَضَ إلزامُ العقدِ بإسقاط حَقِّه عن صفة السلامة، وذلك بالبراءة عن الموجودِ والحادثِ جميعاً، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) وفي نُسخ: وإن لم يُسَمِّ العيوبَ بعددها.

(٢) أسنىٰ المطالب ٢/٥٧.

باب البيع الفاسد

وإذا كان أحدُ العِوَضَيْن، أو كلاهما مُحَرَّماً: فالبيعُ فاسدٌ، كالبيع بالميتة، والدمِ، والخِنْزيرِ، والخمرِ، وكذا إذا كان غيرَ مملوكٍ، كالحُرِّ.

باب البيع الفاسد

قال: (وإذا كان أحدُ العِوَضَيْن، أو كلاهما مُحَرَّماً: فالبيعُ فاسدٌ، كالبيع بالميتة، والدمِ، والخِنْزيرِ، والخمرِ، وكذا إذا كان غيرَ مملوكٍ، كالحُرِّ).

قال رضي الله عنه: هذه فصولٌ جَمَعَها[1]، وفيها تفصيلٌ نبيِّنُه إن شاء الله تعالىٰ، فنقولُ:

البيعُ بالميتة، والدمِ: باطلٌ، وكذا بالحُرِّ؛ لانعدام ركنِ البيع، وهو مبادلةُ المالِ بالمال، فإن هذه الأشياءَ لا تُعَدُّ مالاً عند أحدٍ[2].

والبيعُ بالخمر والخنزير: فاسدٌ؛ لوجود حقيقة البيع، وهو مبادلةُ المال بالمال، فإنه مالٌ عند البعض[3].

والباطلُ: لا يفيدُ مِلْكَ التصرُّف.

---

(١) أي الإمام القدوري رحمه الله.

(٢) أي ممَّن له دينٌ سماويٌّ. البناية ١٠/٢١٢.

(٣) أي عند أهل الذمة.

. . . .

ولو هَلَكَ المَبيعُ في يدِ المشتري فيه[١]: يكونُ أمانةً عند بعض المشايخ رحمهم الله[٢]؛ لأن العقدَ غيرُ معتبرٍ، فبقِيَ القبضُ بإذن المالك.

وعند البعض[٣]: يكون مضموناً؛ لأنه لا يكونُ أدنىٰ حالاً من المقبوض علىٰ سَوْم الشراء.

وقيل: الأولُ قولُ أبي حنيفة رحمه الله، والثاني قولُهما، كما في بيع أمِّ الولد، والمدبَّر، علىٰ ما نُبيِّنُه إن شاء الله تعالىٰ.

والفاسدُ: يفيدُ المِلْكَ عند اتصال القبضِ به، ويكون المَبيعُ مضموناً في يد المشتري فيه[٤].

وفيه خلافُ الشافعيِّ[٥] رحمه الله، وسنبيِّنُه بعدَ هذا إن شاء الله تعالىٰ.

وكذا بيعُ الميتةِ، والدمِ، والحُرِّ: باطلٌ؛ لأنها ليست أموالاً، فلا تكون مَحَلاً للبيع.

---

(١) أي في البيع الباطل. البناية ٢١٣/١٠.

(٢) أراد به أبا نصر أحمد بن علي الطواويسي شيخ خواهر زاده، فإنه قال: هو أمانةٌ، وليس بمضمونٍ، وهذا القول رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله.

(٣) أراد به شمس الأئمة السرخسي، وهو رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالىٰ.

(٤) أي في البيع الفاسد.

(٥) حيث لا يُملك عنده بالبيع الفاسد ولا بالقبض ولا بالتصرف، ينظر الحاوي الكبير ٣١٧/٥.

وبيعُ أمِّ الولد، والمدبَّرِ، والمكاتبِ : فاسدٌ.

وأما بيعُ الخمرِ، والخنزير: إن كان قُوبِلَ بالدَّيْن، كالدراهم والدنانير: فالبيعُ باطلٌ.

وإن كان قُوبِلَ بعَيْنٍ معيَّنةٍ: فالبيعُ فاسدٌ، حتىٰ يُملَكُ ما يُقابِلُه وإن كان لا تُملَكُ عينُ الخمرِ والخنزير.

ووجهُ الفَرْق: أن الخمرَ مالٌ، وكذا الخنزيرُ مالٌ عند أهل الذمة، إلا أنه غيرُ متقوِّمٍ؛ لِمَا أن الشرعَ أَمَرَ بإهانته، وتَرْكِ إعزازِه، وفي تملُّكِه بالعقد مقصوداً: إعزازٌ له.

وهذا لأنه متىٰ اشتراهما[1] بالدراهم، فالدراهمُ غيرُ مقصودةٍ؛ لكونها وسيلةً؛ لِمَا أنها تجبُ في الذمة، وإنما المقصودُ الخمرُ، فسقط التقوُّم أصلاً.

بخلاف ما إذا اشترىٰ الثوبَ بالخمر؛ لأن مشتريَ الثوبِ إنما يَقصِدُ تملُّكَ الثوبِ بالخمر، وفيه إعزازٌ للثوب، دونَ الخمر، فبقِيَ ذِكْرُ الخمرِ معتبراً في حَقِّ تملُّكِ الثوب، لا في حَقِّ نفس[2] الخمر، حتىٰ فَسَدَتِ التسميةُ، ووجبتْ قيمةُ الثوبِ، دون قيمةِ الخمر.

وكذا إذا باع الخمرَ بالثوب؛ لأنه يُعتبرُ شراءُ الثوبِ بالخمر؛ لكونه مقايضةً.

قال: (وبيعُ أمِّ الولد، والمدبَّرِ، والمكاتبِ: فاسدٌ).

---

(١) أي الخمر والخنزير، وفي نُسخ: اشتراها.

(٢) وفي نُسخ: تعيين الخمر.

وإن ماتت أمُّ الولد، أو المدبَّرُ في يد المشتري: فلا ضمانَ عليه عند أبي حنيفة رحمه الله.

ومعناه: باطلٌ؛ لأن استحقاقَ العتقِ قد ثَبَتَ لأُمِّ الولد؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «أعتَقَها ولدُها»[١].

وسببُ الحريةِ انعقد في حقِّ المُدبَّر في الحال؛ لبطلان الأهليةِ بعد الموت، والمكاتَبُ استَحَقَّ يداً علىٰ نفسِه لازمةً في حَقِّ المولىٰ، ولو ثَبَتَ الملكُ بالبيع: لبطل ذلك كلُّه، فلا يجوز.

ولو رضيَ المكاتبُ بالبيع: ففيه روايتان، والأظهرُ الجوازُ.

والمرادُ بالمدبَّر: المطلَقُ، دون المقيَّد[٢].

وفي المطلَق: خلافُ الشافعيِّ[٣] رحمه الله، وقد ذكرناه في العَتاق.

قال: (وإن ماتت أمُّ الولد، أو المدبَّرُ في يد المشتري: فلا ضمانَ عليه عند أبي حنيفة رحمه الله.

---

(١) سنن ابن ماجه (٢٥١٦)، وفي سنده: حسين بن عبد الله: وهو ضعيفٌ جداً، وسنن البيهقي (٢١٧٨٨) بسندٍ معضل، وقال ابن حزم في المحلىٰ ٨/٢١٥: صح هذا بسندٍ رواتُه ثقات، وتعقَّبه ابن القطان، واستدرك علىٰ ابن القطان العلامةُ قاسم في التعريف والإخبار ٣/١٢٣، وينظر الدراية ٢/٨٧.

(٢) حيث يُباع، والمقيد مثل قوله: إذا قدمتُ من سفري فأنتَ حرٌّ، والمطلَق: مثل قوله: أنت حرٌّ بعد موتي. ينظر البناية ١٠/٢١٩.

(٣) الحاوي ٦/١٠٥، ١٠/٢٩١، ٤٧٣.

وقالا: عليه قيمتُهما.

ولا يجوزُ بيعُ السَّمَكِ في الماء قبل أن يُصطادَ.

ولا في حَظِيرةٍ إذا كان لا يُؤخَذُ إلا بصيدٍ.

وقالا: عليه قيمتُهما)، وهو روايةٌ عنه.

لهما: أنه مقبوضٌ بجهة البيع، فيكونُ مضموناً عليه، كسائر الأموال، وهذا لأن المدبَّرَ، وأمَّ الولد يَدخلان تحتَ البيع، حتىٰ يُملَكُ ما يُضَمُّ إليهما في البيع.

بخلاف المكاتب؛ لأنه في يدِ نفسِه، فلا يتحقَّقُ في حَقِّه القبضُ، وهذا الضمانُ به.

وله: أن جهةَ البيعِ إنما تَلحَقَ بحقيقته في مَحَلٍّ يَقبلُ الحقيقةَ، وهما لا يَقبلان حقيقةَ البيع، فصارا[1] كالمكاتب.

وليس دخولُهما في البيع في حَقِّ أنفسِهما، وإنما ذلك ليثبتَ حُكمُ البيع فيما ضُمَّ إليهما، فصار كمالِ المشتري، لا يَدخلُ في حكمِ عَقْدِه بانفراده، وإنما يثبتُ حُكْمُ الدخولِ فيما ضُمَّ إليه، كذا هذا.

قال: (ولا يجوزُ بيعُ السَّمَكِ في الماء قبل أن يُصطادَ)؛ لأنه باع ما لا يملِكُه.

(ولا في حَظِيرةٍ إذا كان لا يُؤخَذُ إلا بصيدٍ)؛ لأنه غيرُ مقدورِ التسليم، ومعناه: إذا أَخَذَه، ثم ألقاه فيها.

---

(١) وفي نُسخ: فصار كلٌّ واحدٍ.

ولا بيعُ الطيرِ في الهواء، ولا بيعُ الحَمْل، ولا النِّتاج، ولا بيعُ اللبنِ في الضَّرْع، ولا الصوفِ علىٰ ظَهْرِ الغَنَم.

ولو كان يُؤخَذُ من غير حِيْلةٍ: جاز، إلا إذا اجتمعتْ فيها بأنفسِها، ولم يُسَدَّ عليها المَدخَلُ؛ لعدم الملك.

قال: (ولا بيعُ الطيرِ في الهواء)؛ لأنه غيرُ مملوكٍ قبلَ الأخذ.

وكذا لو أرسله من يده؛ لأنه غيرُ مقدورِ التسليم.

قال: (ولا بيعُ الحَمْل، ولا النِّتاجِ)؛ لنهي النبيِّ عليه الصلاة والسلام عن بيع الحَبَل، وحَبَلِ الحبَلَة[1].

ولأن فيه غرَراً.

قال: (ولا بيعُ اللبنِ في الضَّرْع)؛ للغرَر، فعساه انتفاخٌ.

ولأنه يُنازَعُ في كيفيةِ الحَلْب، وربما يزدادُ، فيَختَلِطُ المبيعُ بغيره.

قال: (ولا الصوفِ علىٰ ظَهْرِ الغَنَم)؛ لأنه من أوصافِ الحيوان.

ولأنه ينبتُ من أسفلَ، فيَختَلِطُ المبيعُ بغيره.

بخلاف القوائم؛ لأنها تزيدُ من أعلىٰ.

وبخلاف القَصِيْلِ[2]؛ لأنه يُمكِنُ قَلْعُه.

---

(١) قال في الدراية ١٤٩/٢: لم أره بهذا اللفظ، وبلفظ قريب في صحيح البخاري (٢١٤٣)، صحيح مسلم (١٥١٤).

وحَبَل الحبلة، نِتاج النتاج، وولد الجنين، مختار الصحاح (حبل).

(٢) هو الزرع الرَّطْب في الأرض. حاشية سعدي علىٰ الهداية، وفي المغرب =

وجِذْعٍ في سَقْفٍ، وذِراعٍ من ثوبٍ، ذَكَرَا القطعَ أو لم يذكراه.

والقطعُ في الصوفِ متعيِّنٌ، فيقعُ التنازعُ في موضعِ القطع.

وقد صحَّ أنه عليه الصلاة والسلام نهىٰ عن بيعِ الصوفِ علىٰ ظَهْرِ الغَنَمِ، وعن لَبَنٍ في ضَرْعٍ، وعن سَمْنٍ في لبن[1].

وهو حُجَّةٌ علىٰ أبي يوسف رحمه الله في هذا الصوف، حيث جوَّز بيعَه، فيما يُروىٰ عنه.

قال: (وجِذْعٍ في سَقْفٍ، وذِراعٍ من ثوبٍ، ذَكَرَا القطعَ أو لم يذكراه)؛ لأنه لا يمكِنُ التسليمُ إلا بضرر.

بخلاف ما إذا باع عشرةَ دراهمَ من نُقْرَةِ[2] فضةٍ؛ لأنه لا ضررَ في تبعيضها[3].

ولو لم يكن[4] معيَّناً: لا يجوز؛ لِمَا ذكرنا، وللجهالة أيضاً.

(قصل) ١٨٣/٢ : القصيل: هو الشعير، يُجَزُّ أخضرَ لعَلَفِ الدواب، والفقهاء يسمون الزرعَ قبل إدراكه: قَصِيلاً، وهو مجازٌ. اهـ

(١) سنن البيهقي ٣٤٠/٥، وقال: تفرد به عمر بن فروخ، وليس بالقوي، ورواه غيره موقوفاً، لكن قال في الجوهر النقي: وثَّقه ابن معين وأبو حاتم، ورضيه أبو داود، المعجم الأوسط (٣٧٠٨)، مصنف ابن أبي شيبة (٢١٩١٧).

(٢) النقرة: هي القطعة المذابة من الذهب أو الفضة. المغرب (نقر) ٣٢١/٢.

(٣) وفي نُسخ: تبعيضه.

(٤) أي الجذع أو الذراع.

وضَرْبةِ القانِصِ.

وبيعُ المُزابَنَةِ، وهو بيعُ الثمرِ علىٰ رؤوس النخلِ بتمرٍ مَجذوذٍ مثلَ كيلِه خَرْصاً.

ولو قَطَعَ البائعُ الذراعَ، أو قَلَعَ الجِذعَ قبل أن يَفسَخَ المشتري: يعودُ صحيحاً؛ لزوال المفسد.

بخلاف ما إذا باع النَّوَىٰ في التمر، أو البَذْرَ في البِطِّيخ؛ حيثُ لا يكون صحيحاً وإن شقَّهما، وأخرج المبيعَ؛ لأن في وجودِهما احتمالاً، أما الجِذعُ، والذراع: فعَيْنٌ موجودةٌ.

قال: (وضَرْبةِ القانِصِ)، وهو ما يَخرجُ من الصيد بضرب الشبكةِ مرَّةً؛ لأنه مجهولٌ، ولأنَّ فيه غرَراً.

قال: (وبيعُ المُزابَنَةِ، وهو بيعُ الثمرِ[1] علىٰ رؤوس النخلِ بتمرٍ مَجذوذٍ[2] مثلَ كيلِه خَرْصاً)؛ لأنه عليه الصلاة والسلام نهىٰ عن بيع المُزابَنة، والمُحاقَلَة[3].

فالمزابَنةُ: ما ذكرناه، والمحاقَلَةُ: بيعُ الحنطةِ في سُنْبلها بحنطةٍ مثلَ كيلِها خَرْصاً.

ولأنه باع مكيلاً بمكيلٍ من جنسٍ واحدٍ، فلا يجوزُ بطريق الخَرْص، كما إذا كانا موضوعَيْن علىٰ الأرض.

---

(١) وفي نُسخ: التمر. بالتاء.

(٢) أي مقطوع. وفي نُسخ: مجدود. بدالَيْن.

(٣) صحيح البخاري (٢١٨٦)، صحيح مسلم (١٥٣٩).

ولا يجوزُ البيعُ بإلقاء الحَجَر، والمُلامسةِ، والمُنَابَذَة.

وكذلك العنبُ بالزبيب[١]: علىٰ هذا.

وقال الشافعي[٢] رحمه الله: يجوز فيما دونَ خمسةِ أَوْسُقٍ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام نهىٰ عن بيع المزابنة، ورَخَّص في العرايا[٣].

وهو أن يُباعَ بخَرْصِها تمراً، فيما دونَ خمسةِ أَوْسُق.

قلنا: العَرِيَّة: العطيَّةُ لغةً، وتأويلُه: أن يبيعَ المُعْرَىٰ له ما علىٰ النخيل من المُعْرِي، بتمرٍ مَجْذوذٍ، وهو بيعٌ مجازاً؛ لأنه لم يملِكْه، فيكون بِرّاً مبتَدَأً[٤].

قال: (ولا يجوزُ البيعُ بإلقاء الحَجَر، والمُلامسةِ، والمُنَابَذَة).

وهذه بيوعٌ كانت في الجاهلية، وهو أنْ يَتراوضَ الرجلان علىٰ سلعةٍ، أي يتساومان، فإذا لَمَسَها المشتري، أو نَبَذَها إليه البائعُ، أو وَضَعَ المشتري عليها حصاةً: لزم البيعُ.

فالأولُ: بيعُ الملامسة، والثاني: المنابذة، والثالث: إلقاءُ الحجر، وقد نهىٰ النبيُّ عليه الصلاة والسلام عن بيع الملامسةِ، والمنابذة[٥].

---

(١) أي لا يجوز بيع العنب بالزبيب.

(٢) الحاوي الكبير ٢/٢٣٤.

(٣) هما حديثان: النهي عن المزابنة، وتقدم قبل هذا، والترخيص في العرايا: في صحيح مسلم (١٥٤٠).

(٤) أي يكون إعطاء المعرِي التمرَ المجذوذ برّاً ابتداءً، لا بيعاً.

(٥) صحيح البخاري (٢١٤٤)، صحيح مسلم (١٥١١).

ولا يجوزُ بيعُ ثوبٍ من ثوبَيْن.

ولا يجوز بيعُ المَراعي، ولا إجارتُها.

ولا يجوزُ بيعُ النَّحل إلا مع الكُوَّارات.

ولأنَّ فيه تعليقاً بالخَطَر.

قال: (ولا يجوزُ بيعُ ثوبٍ من ثوبَيْن)؛ لجهالة المبيع.

ولو قال: علىٰ أنه بالخيار في أنْ يأخذَ أيَّهما شاء: جاز البيعُ؛ استحساناً، وقد ذكرناه[1] بفروعه.

قال: (ولا يجوز بيعُ المَراعي، ولا إجارتُها)، والمرادُ: الكَلأُ.

أما البيع: فلأنه وَرَدَ علىٰ ما لا يَملكُه؛ لاشتراك الناس فيه بالحديث[2].

وأما الإجارةُ: فلأنها عُقِدَتْ علىٰ استهلاكِ عينٍ مُباحةٍ.

ولو عُقِدَتْ علىٰ استهلاكِ عينٍ مملوكةٍ، بأن استأجر بقرةً ليشربَ لبنَها: لا يجوزُ، فهذا أوْلىٰ.

قال: (ولا يجوزُ بيعُ النَّحل إلا مع الكُوَّارات[3]).

وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالىٰ.

---

(١) في آخر باب خيار الشرط.

(٢) وهو: «المسلمون شركاء في ثلاث (ثلاثة): الماء، والكلأ، والنار»، وهو في سنن أبي داود (٣٤٧٧)، ابن ماجه (٢٤٧٢)، مسند أحمد (٢٣٠٨٢)، وإسناده صحيح، ينظر البدر المنير ٧/٧٦، التلخيص الحبير ٢/١٥٣.

(٣) جمع: كُوَّارة، وهي مُعَسَّل النحل، وهو خليَّته وبيته. وسقط من نُسخ كثيرة.

ولا يجوزُ بيعُ دودِ القَزِّ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: يجوزُ إذا كان مُحْرَزاً، وهو قولُ الشافعي(١) رحمه الله؛ لأنه حيوانٌ منتفَعٌ به حقيقةً وشرعاً، فيجوز بيعُه وإن كان لا يؤكَلُ، كالبغل والحمار.

ولهما: أنه من الهَوامِّ، فلا يجوزُ بيعُه، كالزَّنابير.

والانتفاعُ بما يَخرجُ منه، لا بعَيْنه، فلا يكونُ منتفَعاً به قبلَ الخروج.

حتىٰ لو باع كُوَّارةً فيها عسلٌ بما فيها من النحل: يجوزُ تَبَعاً له، كذا ذَكَرَه الكَرْخيُّ رحمه الله.

قال: (ولا يجوزُ بيعُ دودِ القَزِّ عند أبي حنيفة رحمه الله)؛ لأنه من الهَوَامِّ.

وعند أبي يوسف رحمه الله: يجوز إذا ظَهَرَ فيه القَزُّ تَبَعاً له.

وعند محمدٍ رحمه الله: يجوزُ كيفما كان؛ لكونه منتفَعاً به.

ولا يجوز بيعُ بَيْضِه عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: يجوز؛ لمكان الضرورة.

وقيل: أبو يوسف مع أبي حنيفة رحمهما الله، كما في دود القَزِّ(٢).

والحَمَامُ إذا عُلِمَ عددُها، وأمكَنَ تسليمُها: جاز بيعُها؛ لأنه مالٌ مقدورُ التسليم.

---

(١) الحاوي ٣٢٧/٥، مع تفصيل.

(٢) أي في عدم الجواز، وفي نُسخ: كما في دوده.

ولا يجوزُ بيعُ الآبِقِ، إلا أن يبيعَه من رجلٍ زَعَمَ أنه عنده.

قال: (ولا يجوزُ بيعُ الآبِقِ)؛ لنهي النبيِّ عليه الصلاةُ والسلامُ عنه[1].

ولأنه لا يَقدِرُ علىٰ تسليمِه.

قال: (إلا أن يبيعَه من رجلٍ زَعَمَ أنه عنده)؛ لأن المنهيَّ عنه بيعُ آبقٍ مطلَقٍ، وهو أن يكون آبِقاً في حَقِّ المتعاقدَيْن، وهذا غيرُ آبقٍ في حَقِّ المشتري.

ولأنه إذا كان عند المشتري: انتفىٰ العجزُ عن التسليم، وهو المانعُ.

ثم لا يصيرُ قابضاً بمجرد العقدِ إذا كان في يدِه، وقد كان أشهدَه علىٰ أَخْذِه؛ لأنه أمانةٌ عنده، وقَبْضُ الأمانةِ لا ينوبُ عن قَبْضِ البيع.

ولو كان لم يُشهِدْ حين قَبَضَه: يجبُ أن يصيرَ قابضاً؛ لأنه قَبْضُ غَصْبٍ.

ولو قال: هو عند فلانٍ، فبِعْه مني، فباعه: لا يجوز؛ لأنه آبِقٌ في حقِّ المتعاقدَيْن.

ولأنه لا يَقدِرُ علىٰ تسليمه.

ولو باع الآبقَ، ثم عاد من الإباق: لا يتمُّ ذلك العقدُ؛ لأنه وَقَعَ باطلاً؛ لانعدام المَحَلِّية، كبيع الطيرِ في الهواء.

---

(١) سنن ابن ماجه (٢١٩٦)، مسند أبي يعلىٰ (١٠٩٣)، مصنف ابن أبي شيبة (٢٠٥٠٦)، وفي سنده ضعفٌ، الدراية ٢/ ١٥٠.

ولا يجوز بيعُ لَبَنِ امرأةٍ في قَدَحٍ.

ولا يجوزُ بيعُ شَعْرِ الخنزير.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يَتِمُّ العقدُ إذا لم يُفسَخْ؛ لأن العقدَ انعقد لقيام المالية، والمانعُ قد ارتفع، وهو العجزُ عن التسليم، كما إذا أَبَقَ بعدَ البيع، وهكذا يُروىٰ عن محمدٍ رحمه الله.

قال: (ولا يجوز بيعُ لَبَنِ امرأةٍ في قَدَحٍ).

وقال الشافعي[1] رحمه الله: يجوز بيعُه؛ لأنه مشروبٌ طاهرٌ.

ولنا: أنه جزءُ الآدميِّ، وهو بجميع أجزائه مُكَرَّمٌ مَصُونٌ عن الابتذال بالبيع.

ولا فَرْقَ في ظاهرِ الرواية بين لبنِ الحرَّةِ، ولبنِ الأمة.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يجوز بيعُ لبنِ الأمة؛ لأنه يجوز إيرادُ العقدِ علىٰ نفسِها، فكذا علىٰ جزئها.

قلنا: الرِّقُّ قد حَلَّ نفسَها، فأما اللبنُ فلا رقَّ فيه؛ لأنه يختصُّ بمحَلٍّ تتحقق فيه[2] القوةُ التي هي ضدُّه، وهو[3] الحيُّ، ولا حياةَ في اللبن.

قال: (ولا يجوزُ بيعُ شَعْرِ الخنزير)؛ لأنه نَجِسُ العين، فلا يجوزُ بيعُه؛ إهانةً له.

---

(١) الحاوي ١١/٣٩٢.

(٢) قوله: تتحقق فيه: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٣) أي المحل.

ويجوزُ الانتفاعُ به للخَرْزِ.

ولا يجوزُ بيعُ شعورِ الإنسان، ولا الانتفاعُ بها.

(ويجوزُ الانتفاعُ به للخَرْزِ)؛ للضرورة، فإن ذلك العملَ لا يتأتَّىٰ بدونه[١].

ويوجدُ مباحَ الأصل، فلا ضرورةَ إلىٰ البيع.

ولو وَقَعَ[٢] في الماءِ القليلِ: أفسده عند أبي يوسف رحمه الله.

وعند محمد رحمه الله: لا يُفسِدُه؛ لأن إطلاقَ الانتفاعِ به[٣] دليلُ طهارته.

ولأبي يوسف رحمه الله: أن الإطلاقَ: للضرورة، فلا تظهر[٤] إلا في حالة الاستعمال، وحالةُ الوقوعِ: تُغايِرُها.

قال: (ولا يجوزُ بيعُ شعورِ الإنسان، ولا الانتفاعُ بها)؛ لأن الآدميَّ مكرَّمٌ، غيرُ مبتَذَلٍ، فلا يجوزُ أن يكون شيءٌ من أجزائه مُهاناً مُبْتذَلاً.

وقد قال: عليه الصلاة والسلام: «لَعَنَ اللهُ الواصِلَةَ، والمُسْتَوْصِلَةَ»[٥]. الحديث.

---

(١) وهذا في زمانهم، أما في الأزمان المتأخرة وإلىٰ يومنا هذا: فلا حاجة إليه؛ للاستغناء عنه بالمَخَارِزِ والإبَر، فيُمنَع الانتفاعُ به عند عدم الضرورة بأن أمكن الخرزُ بغيره. ابن عابدين ٥/٧٣ (ط البابي).

(٢) أي شعر الخنزير.

(٣) أي شعر الخنزير.

(٤) أي الضرورة.

(٥) صحيح البخاري (٥٩٣٣)، صحيح مسلم (٢١٢٢).

ولا يجوز بيعُ جلودِ الميتة قبل أن تُدبَغَ.

ولا بأس ببيعِها، والانتفاعِ بها بعد الدباغ.

ولا بأس ببيع عِظَامِ الميتة، وعَصَبِها، وصوفِها، وقَرْنِها، وشعرِها، ووَبَرِها.

والانتفاعُ بذلك كلِّه جائزٌ.

وإنما يُرخَّصُ فيما يُتَّخذُ من الوَبَر[١]، فيزيدُ في قُرون النساءِ وذوائبهنَّ.

قال: (ولا يجوز بيعُ جلودِ الميتة قبل أن تُدبَغَ)؛ لأنه غيرُ منتَفَعٍ بها.

قال عليه الصلاة والسلام: «لا تنتَفِعوا من الميتةِ بإهابٍ»[٢].

وهو اسمٌ لغير المدبوغ، علىٰ ما مَرَّ في كتاب الصلاة.

قال: (ولا بأس ببيعِها، والانتفاعِ بها بعد الدباغ)؛ لأنها قد طَهُرَتْ بالدباغ، وقد ذكرناه في كتاب الصلاة.

قال: (ولا بأس ببيع عِظَامِ الميتة، وعَصَبِها، وصوفِها، وقَرْنِها، وشعرِها، ووبَرِها.

والانتفاعُ بذلك كلِّه جائزٌ[٣]).

---

(١) أي وَبَرُ الجَمَل.

(٢) تقدم في الطهارة، وهو في سنن أبي داود (٤١٢٧)، سنن الترمذي (١٧٢٩)، وقال: حديثٌ حسنٌ.

(٣) وفي نُسخ: والانتفاعِ بذلك كله. قلت: عطفٌ علىٰ: ولا بأس ببيع عِظَام...

وإذا كان السُّفْلُ لرجلٍ، وعُلْوُه لآخَرَ، فسَقَطَا، أو سَقَطَ العُلوُ وحدَه، فباع صاحبُ العُلْوِ عُلْوَه: لم يَجُزْ.

وبيعُ الطريقِ، وهبتُه: جائزٌ، وبيعُ مَسِيْلِ الماءِ، وهبتُه: باطلٌ.

لأنها طاهرةٌ كلُّها، لا يَحُلُّها الموتُ؛ لعدم الحياة، وقد قرَّرناه من قبل.

والفيلُ: كالخنزير، نَجِسُ العينِ عند محمد رحمه الله.

وعندهما: بمنزلة السباع، حتىٰ يُباعُ عَظْمُه، ويُنتَفَعُ به[١].

قال: (وإذا كان السُّفْلُ لرجلٍ، وعُلْوُه لآخَرَ، فسَقَطَا، أو سَقَطَ العُلوُ وحدَه، فباع صاحبُ العُلْوِ عُلْوَه: لم يَجُزْ)؛ لأن حَقَّ التَّعَلِّي ليس بمالٍ؛ لأن المالَ: ما يُمكِنُ إحرازُه، والمالُ هو المَحَلُّ للبيع.

بخلاف الشِّرْبِ، حيثُ يجوزُ بيعُه تَبَعاً للأرض، باتفاق الروايات.

ومفرَداً، في روايةٍ، وهو اختيارُ مشايخِ بَلْخٍ رحمهم الله؛ لأنه حَظٌّ من الماء، ولهذا يُضمَنُ بالإتلاف، وله قِسْطٌ من الثمن، علىٰ ما نذكرُه في كتاب الشِّرب إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (وبيعُ الطريقِ، وهبتُه: جائزٌ، وبيعُ مَسِيْلِ الماءِ، وهبتُه: باطلٌ).

والمسألةُ تحتمِلُ وجهَيْن: بيعُ رقبةِ الطريق والمَسيل، وبيعُ حقِّ المرورِ والتسييل.

فإن كان الأولَ[٢]: فوجهُ الفرقِ بين المسألتين: أن الطريقَ معلومٌ؛ لأن

---

(١) أي بالفيل، في الركوب والحمل وغير ذلك.

(٢) وفي نُسخ بالضم: الأولُ.

ومَن باع جاريةً، فإذا هو غلامٌ: فلا بيعَ بينهما.

له طولاً وعَرْضاً معلوماً، وأما المَسيلُ فمجهولٌ؛ لأنه لا يُدرىٰ قدرُ ما يَشْغَلُه من الماء.

وإن كان الثاني: ففي بيعِ حَقِّ المرور روايتان.

ووجهُ الفَرْقِ علىٰ إحداهما: بينه وبين حَقِّ التسييل: أن حَقَّ المرور معلومٌ؛ لتعلُّقِه بمَحَلٍّ معلومٍ، وهو الطريق.

أما المَسيلُ علىٰ السطح: فهو نظيرُ حَقِّ التَعَلِّي.

وعلىٰ الأرض: فمجهولٌ؛ لجهالة مَحَلِّه.

ووجهُ الفرقِ بين حَقِّ المرور، وبين حَقِّ التعلِّي علىٰ إحدىٰ الروايتين: أن حَقَّ التعلِّي يتعلَّق بعَيْنٍ لا تَبقىٰ، وهو البناءُ، فأشبَهَ المنافعَ.

أما حقُّ المرور: يتعلَّقُ بعَيْنٍ تبقىٰ، وهو الأرضُ، فأشبَهَ الأعيانَ.

قال: (ومَن باع جاريةً، فإذا هو غلامٌ: فلا بيعَ بينهما).

بخلاف ما إذا باع كَبْشاً، فإذا هو نَعْجةٌ: حيث ينعقدُ البيعُ، ويَتَخيَّر.

والفرقُ يَنبني علىٰ الأصل الذي ذكرناه في النكاح.

لمحمدٍ رحمه الله: أن الإشارةَ مع التسمية إذا اجتمعتا:

ففي مختَلِفِي الجنس: يتعلَّقُ العقدُ بالمسمىٰ، ويبطلُ؛ لانعدامه[1].

---

(١) وفي نُسخ: بانتفائه.

ومَن اشترىٰ جاريةً بألفِ درهمٍ، حالَّةٍ أو نسيئةٍ، فقبَضَها، ثم باعها من البائع بخمسِمائةٍ درهمٍ قبلَ أن يَنقُدَ الثمنَ الأولَ: لا يجوزُ البيعُ الثاني.

وفي متَّحِدِي الجنسِ: يتعلَّقُ بالمُشار إليه، ويَنعقدُ لوجوده، ويتخيَّر؛ لفوات الوصف، كمَن اشترىٰ عبداً علىٰ أنه خبَّازٌ، فإذا هو كاتبٌ.

وفي مسألتنا: الذَّكَرُ والأنثىٰ من بني آدم: جنسان؛ للتفاوت في الأغراض.

وفي الحيوانات: جنسٌ واحدٌ؛ للتقارب فيها، وهو المعتبرُ في هذا، دون الأصل، كالخَلِّ والدِّبْسِ: جنسان، والوِذَارِيِّ، والزَّنْدَنِيْجِيِّ[1]، علىٰ ما قالوا: جنسان، مع اتحادِ أصلهما.

قال: (ومَن اشترىٰ جاريةً بألفِ درهمٍ، حالَّةٍ أو نسيئةٍ، فقبَضَها، ثم باعها من البائع بخمسِمائةٍ درهمٍ قبلَ أن يَنقُدَ الثمنَ الأولَ: لا يجوزُ البيعُ الثاني).

وقال الشافعيُّ[2] رحمه الله: يجوز؛ لأن الملكَ قد تَمَّ فيها بالقبض، فصار البيعُ من البائع ومن غيرِه: سواءً.

وصار كما لو باع بمثلِ الثمنِ الأولِ، أو بالزيادة، أو بالعَرْض.

ولنا: قولُ عائشةَ رضي الله عنها لتلك المرأة، وقد باعت بستمائةٍ بعد ما اشترت بثمانمائةٍ:

---

(١) ثوبٌ منسوبٌ إلىٰ قرية: وِذَار، بسمرقند، وثوبٌ منسوبٌ إلىٰ: زَنْدَنَة، من أشهر قصبات بخارىٰ. البناية ١٠/٢٦٣.

(٢) المهذب ٢/٢٣٠.

ومَن اشترىٰ جاريةً بخمسِمائةٍ، ثم باعها وأخرىٰ معها من البائع قبلَ أن يَنقُدَه الثمنَ بخمسِمائةٍ: فالبيعُ جائزٌ في التي لم يَشتَرِها من البائع، ويَبطُلُ في الأخرىٰ.

«بئسما شَرَيْتِ واشتريتِ، أبلِغِي زيدَ بنَ أرقم أنَّ الله تعالىٰ أبطل حَجَّه وجهادَه مع رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم إن لم يَتُب»[١].

ولأن الثمنَ لم يدخُلْ في ضمانِه، فإذا وَصَلَ إليه المبيعُ، ووقعتِ المقاصَّةُ: بقِيَ له فَضْلُ خمسمائةٍ درهمٍ، وذلك بلا عِوَضٍ.

بخلاف ما إذا باع بالعَرْض؛ لأن الفضلَ إنما يَظهرُ عند المجانسة.

قال: (ومَن اشترىٰ جاريةً بخمسِمائةٍ، ثم باعها وأخرىٰ معها من البائع قبلَ أن يَنقُدَه الثمنَ بخمسِمائةٍ: فالبيعُ جائزٌ في التي لم يَشتَرِها من البائع، ويَبطُلُ في الأخرىٰ)؛ لأنه لا بدَّ أن يَجعَلَ بعضَ[٢] الثمنِ بمقابلة التي لم يشترها منه، فيكونُ مشترياً للأخرىٰ بأقلَّ مما باع، وهو فاسدٌ عندنا، ولم يوجد هذا المعنىٰ في صاحبتِها.

ولا يَشيعُ الفسادُ؛ لأنه ضعيفٌ فيها؛ لكونه مجتَهَداً فيه، أو لأنه باعتبار شبهةِ الربا، أو لأنه طارئٌ؛ لأنه يَظهرُ بانقسام الثمنِ، أو المقاصَّة، فلا يَسري إلىٰ غيرها.

---

(١) الآثار لأبي يوسف (٨٤٣)، مصنف عبد الرزاق (١٤٨١٣).

(٢) وضُبطت هذه الجملة في نُسخ بالمبني للمجهول: يُجعَل بعضُ.

ومَن اشترىٰ زَيْتاً علىٰ أن يَزِنَه بظَرْفِه، فيَطرَحَ عنه مكانَ كلِّ ظَرْفٍ خمسينَ رِطْلاً : فهو فاسدٌ.

ولو اشترىٰ علىٰ أن يَطرَحَ عنه بوزنِ الظرفِ : جاز.

ومَن اشترىٰ سَمْناً في زِقٍّ، فرَدَّ الظرفَ، وهو عشرةُ أرطالٍ، فقال البائعُ : الزِّقُّ غيرُ هذا، وهو خمسةُ أرطالٍ : فالقولُ قولُ المشتري.

وإذا أَمَرَ المسلمُ نصرانياً ببيعِ خمرٍ، أو شرائها، ففعل : جاز عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا : لا يجوز علىٰ المسلم.

قال: (ومَن اشترىٰ زَيْتاً علىٰ أن يَزِنَه بظَرْفِه، فيَطرَحَ عنه مكانَ كلِّ ظَرْفٍ خمسينَ رِطْلاً: فهو فاسدٌ.

ولو اشترىٰ علىٰ أن يَطرَحَ عنه بوزنِ الظرفِ: جاز)؛ لأن الشرطَ الأولَ لا يقتضيه العقدُ، والثاني يَقتضيه.

قال: (ومَن اشترىٰ سَمْناً في زِقٍّ، فرَدَّ الظرفَ، وهو عشرةُ أرطالٍ، فقال البائعُ: الزِّقُّ غيرُ هذا، وهو خمسةُ أرطالٍ: فالقولُ قولُ المشتري).

لأنه إن اعتُبر اختلافاً في تعيين الزِّقِّ المقبوض: فالقولُ قولُ القابضِ، ضميناً كان أو أميناً.

وإن اعتُبر اختلافاً في السَّمْن: فهو في الحقيقة اختلافٌ في الثمن، فيكون القولُ قولَ المشتري؛ لأنه يُنكِرُ الزيادةَ.

قال: (وإذا أَمَرَ المسلمُ نصرانياً ببيعِ خمرٍ، أو شرائها، ففعل: جاز عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يجوز علىٰ المسلم).

وعلىٰ هذا الخلاف: الخنزيرُ.

ومَن باع عبداً، علىٰ أن يَعتِقَه المشتري، أو يُدبِّرَه، أو يكاتِبَه، أو أمةً علىٰ أن يَستولِدَها : فالبيعُ فاسدٌ.

وعلىٰ هذا: توكيلُ المُحْرِمِ غيرَه ببيع صيدِه.

لهما: أن الموكِّلَ لا يَلِيه، فلا يُوَلِّيه غيرَه.

ولأن ما يثبتُ للوكيل: ينتقلُ إلىٰ الموكِّل، فصار كأنه باشَرَه بنفسه، فلا يجوز.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن العاقدَ هو الوكيلُ بأهليته وولايته.

وانتقالُ[1] الملكِ إلىٰ الآمر[2]: أمرٌ حُكميٌّ[3]، فلا يمتنعُ بسبب الإسلام، كما إذا وَرِثهما.

ثم إن كان خمراً: يُخلِّلُها، وإن كان خنزيراً: يُسيِّبُه.

قال: (ومَن باع عبداً، علىٰ أن يَعتِقَه المشتري، أو يُدبِّرَه، أو يكاتِبَه، أو أمةً علىٰ أن يَستولِدَها: فالبيعُ فاسدٌ)؛ لأن هذا بيعٌ وشرطٌ، وقد نهىٰ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم عن بيعٍ وشرطٍ[4].

---

(١) هذا جوابٌ عن قولهما: كما ثبت للوكيل... إلىٰ آخره.

(٢) وفي نُسخ: المالك.

(٣) أي جبريٌّ، لا اختياريٌّ. البناية ٢٧٣/١٠.

(٤) المعجم الأوسط (٤٣٦١)، معرفة علوم الحديث للحاكم ص ١٢٨، وفيه قصة، المحلىٰ ٤١٥/٨، جامع المسانيد ٢٢/٢، نصب الراية ١٧/٤، والتلخيص الحبير ١٢/٣، وقد توسع في تخريجه وثبوته العلامة الشيخ محمد عوامة في كتابه النافع: «أثر الحديث الشريف في اختلاف الأئمة الفقهاء رضي الله عنهم» ص ١٣٩.

. . . .

[ضوابطُ الشروطِ في العقود :]

ثم جملةُ المذهبِ فيه[١] أن يُقال: كلُّ شرطٍ يقتضيه العقدُ، كشرط الملك للمشتري: لا يُفسِدُ العقدَ؛ لثبوتِه بدون الشرط.

وكلُّ شرطٍ لا يقتضيه العقدُ، وفيه منفعةٌ لأحدِ المتعاقدَيْن، أو للمعقود عليه، وهو من أهلِ الاستحقاق: يُفسِدُه، كشرطِ أن لا يبيعَ المشتري العبدَ المَبيعَ؛ لأن فيه زيادةً عاريةً عن العوض، فيؤدِّي إلىٰ الربا.

أو لأنه تقعُ بسببه المنازعةُ[٢]، فيَعرَىٰ العقدُ عن مقصودِه، إلا أن يكون متعارَفاً؛ لأن العُرْفَ قاضٍ علىٰ القياس.

ولو كان لا يقتضيه العقدُ، ولا منفعةَ فيه لأحدٍ: لا يُفسِدُه[٣]، وهو الظاهرُ من المذهب، كشرطِ أن لا يبيعَ المشتري الدابةَ المَبيعةَ؛ لأنه انعدمت المطالبةُ، فلا يؤدِّي إلىٰ الربا، ولا إلىٰ المنازعة.

إذا ثبت هذا، فنقول: إن هذه الشروط لا يقتضيها العقدُ؛ لأن قضيتَه الإطلاقُ في التصرف والتخييرِ، لا الإلزامُ حَتْماً، والشرطُ يقتضي ذلك، وفيه منفعةٌ للمعقود عليه.

---

(١) أي في الشرط.

(٢) أي بين المشتري والمعقود عليه.

(٣) ويلغو الشرط، ويصح العقد. البناية ١٠/٢٨٢.

. . . .

والشافعيُّ[١] رحمه الله وإن كان يخالِفُنا في العتق، ويَقيسُه علىٰ بيع العبدِ نَسَمَةً[٢]: فالحجَّةُ عليه ما ذكرناه.

وتفسيرُ البيعِ نسمةً: أن يُباعَ ممن يُعلَمُ أنه يُعتِقُه، لا أنْ يُشترَطَ فيه[٣].

فلو أعتقه المشتري بعدَ ما اشتراه بشرطِ العتق: صحَّ البيعُ، حتىٰ يجبُ عليه الثمنُ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يبقىٰ فاسداً، حتىٰ تجبُ عليه القيمةُ؛ لأن البيعَ قد وقع فاسداً، فلا ينقلبُ جائزاً، كما إذا تَلِفَ بوجهٍ آخَر.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن شَرْطَ العتقِ من حيث ذاتُه: لا يُلائمُ العقدَ، علىٰ ما ذكرناه، ولكن من حيثُ حكمُه: يُلائمُه؛ لأنه مُنْهٍ للمِلك؛ والشيءُ بانتهائه: يتقرَّر.

ولهذا لا يَمنعُ العتقُ الرجوعَ بنقصان العيب، فإذا تَلِفَ من وجهٍ آخَرَ لم تتحقَّق الملاءمةُ، فيتقرَّرُ الفساد.

وإذا وُجِدَ العتقُ: تحققَّتِ الملاءمةُ، فيَترجَّحُ جانبُ الجواز، فكان الحالُ قبلَ ذلك موقوفاً.

---

(١) نقل في البناية ١٠/٢٨٣ عن العزيز شرح الوجيز ٨/٢٠٠ أن في بيع الرقيق بشرط العتق: قولان.

(٢) حال، علىٰ معنىٰ: معرَّضاً للعتق. البناية ١٠/٢٨٣.

(٣) أي لا أن يُشترط العتقُ في البيع.

وكذلك لو باع عبداً علىٰ أنْ يَستخدِمَه البائعُ شهراً، أو داراً علىٰ أن يَسكنَها مدةً معلومةً، أو علىٰ أن يُقرِضَه المشتري درهماً، أو علىٰ أن يُهدِيَ له هديةً.

ومن باع عيناً علىٰ أن لا يُسلِّمَها إلىٰ رأسِ الشهر : فالبيعُ فاسدٌ.

قال: (وكذلك لو باع عبداً علىٰ أنْ يَستخدِمَه البائعُ شهراً، أو داراً علىٰ أن يَسكنَها مدةً معلومةً[1]، أو علىٰ أن يُقرِضَه المشتري درهماً، أو علىٰ أن يُهدِيَ له هديةً)؛ لأنه شَرْطٌ لا يقتضيه العقدُ، وفيه منفعةٌ لأحد المتعاقدين.

ولأنه عليه الصلاة والسلام نهىٰ عن بيعٍ وسَلَفٍ[2].

ولأنه لو كانت الخدمةُ والسكنىٰ يُقابلُهما شيءٌ من الثمن: يكون إجارةً في بيعٍ، ولو كان لا يقابلُهما: يكون إعارةً في بيع.

وقد نهىٰ النبيُّ عليه الصلاة والسلام عن صَفْقَتَيْن في صفقةٍ[3].

قال: (ومن باع عيناً علىٰ أن لا يُسلِّمَها إلىٰ رأسِ الشهر: فالبيعُ فاسدٌ)؛ لأن الأجَلَ في المَبيعِ العينِ باطلٌ، فيكونُ شَرْطاً فاسداً، وهذا لأنَّ الأجلَ شُرِعَ ترفيهاً، فيَليقُ بالديون، دون الأعيان.

---

(١) قوله: مدةً معلومةً: مثبتٌ في نسخة ١١٠٣هـ، وغيرها.

(٢) مسند أحمد (٣٧٨٣)، ورجاله ثقات، كما في التعريف والإخبار ٢/٢٧٢، صحيح ابن خزيمة (١٧٦)، صحيح ابن حبان (١٠٥٣)، وينظر البدر المنير ١٦/٤٤٢، نصب الراية ٤/٢٠.

(٣) مسند أحمد (٣٧٨٣)، صحيح ابن خزيمة (١٧٦)، صحيح ابن حبان (١٠٥٣)، وبلفظ: عن بيعتين في بيع: في سنن الترمذي (١٢٣١)، وصححه، نصب الراية ٤/٢٠، البدر المنير ١٦/٤٤٢، وسيأتي في الرهن.

ومَن اشترىٰ جاريةً إلا حَمْلَها : فالبيعُ فاسدٌ.

قال: (ومَن اشترىٰ جاريةً إلا حَمْلَها: فالبيعُ فاسدٌ).

والأصلُ: أنَّ ما لا يصحُّ إفرادُه بالعقد: لا يصحُّ استثناؤه من العقد.

والحَمْلُ من هذا القَبيل، وهذا لأنه بمنزلة أطرافِ الحيوان؛ لاتصاله به خِلقةً، وبيعُ الأصلِ يتناولُهما[1]، فالاستثناءُ[2] يكونُ علىٰ خلافِ الموجَبِ، فلا يصحُّ، فيصيرُ شَرْطاً فاسداً، والبيعُ يَبطلُ به.

والكتابةُ، والإجارةُ، والرهنُ: بمنزلة البيع؛ لأنها تَبطلُ بالشروط الفاسدة، غيرَ أن المفسِدَ في الكتابة: ما يتمكَّنُ في صُلْب العقدِ منها.

والهبةُ، والصدقةُ، والنكاحُ، والخلعُ، والصلحُ عن دم العمد: لا تَبطُلُ باستثناء الحَمْل، بل يَبطلُ الاستثناءُ؛ لأن هذه العقودَ لا تَبطُلُ بالشروط الفاسدة.

وكذا الوصيةُ لا تبطل به، لكن يصحُّ الاستثناءُ، حتىٰ يكونُ الحملُ ميراثاً، والجاريةُ وصيةً؛ لأن الوصيةَ أختُ الميراثِ، والميراثُ يجري فيما في البطن.

بخلاف ما إذا استثنىٰ خِدْمتَها؛ لأن الميراثَ لا يجري فيها.

---

(١) أي يتناول الأمَّ والحَمْلَ، وفي نُسخ: يتناولها: أي يتناولُ الأطرافَ، وفي نُسخ أخرىٰ: يتناوله: أي الحملَ. بيَّن هذا كلَّه العيني في البناية ١٠/٢٨٨.

(٢) أي فإذا كان كذلك: فالاستثناء يكون علىٰ خلاف الموجَب.

ومَن اشترىٰ ثوباً علىٰ أن يَقطَعَه البائعُ، ويَخيطَه قميصاً أو قَبَاءً : فالبيعُ فاسدٌ.

ومَن اشترىٰ نَعْلاً علىٰ أن يَحذُوَه البائعُ، أو يُشَرِّكَه : فالبيعُ فاسدٌ.

قال رضي الله عنه : وفي الاستحسان : يجوزُ.

والبيعُ إلىٰ النَّيْروز، والمِهْرجانِ، وصومِ النصارىٰ، وفِطْرِ اليهودِ، إذا لم يَعْرَفِ المتبايعان ذلك : فاسدٌ

قال: (ومَن اشترىٰ ثوباً علىٰ أن يَقطَعَه البائعُ، ويَخيطَه قميصاً أو قَبَاءً: فالبيعُ فاسدٌ)؛ لأنه شَرْطٌ لا يقتضيه العقدُ، وفيه منفعةٌ لأحد المتعاقدين.

ولأنه يصيرُ صفقةً في صفقةٍ، علىٰ ما مَرَّ.

قال: (ومَن اشترىٰ نَعْلاً[1] علىٰ أن يَحذُوَه[2] البائعُ، أو يُشَرِّكَه: فالبيعُ فاسدٌ.

قال رضي الله عنه): ما ذَكَرَه: جوابُ القياس، ووجهُه ما بيَّنَّا.

(وفي الاستحسان: يجوزُ)؛ للتعامل فيه، فصار كصَبْغ الثوب، وللتعامِلِ جوَّزْنا الاستصناعَ.

قال: (والبيعُ إلىٰ النَّيْروز، والمِهْرجانِ، وصومِ النصارىٰ، وفِطْرِ اليهودِ، إذا لم يَعْرَفِ المتبايعان ذلك: فاسدٌ)؛ لجهالة الأجل، وهي مُفضِيَةٌ إلىٰ المنازعة في البيع؛ لابتنائها علىٰ المُمَاكسة.

---

(١) أراد بالنعل: الجلد؛ تسميةً للشيء بما يؤول إليه.

(٢) أي يجعله مساوياً للآخر، والتشريك: هو وضع الشراك أي سيور النعل التي تكون علىٰ وجهها. البناية ١٠/ ٢٩٠.

ولا يجوزُ البيعُ إلىٰ قُدُوم الحاجِّ، وكذلك إلىٰ الحَصاد، والدِّيَاسِ، والقِطَافِ، والجِزَاز.

ولو كَفَلَ إلىٰ هذه الأوقات : جاز.

إلا إذا كانا يَعرفانه؛ لكونه معلوماً عندهما، أو كان التأجيلُ إلىٰ فِطْرِ النصارىٰ بعد ما شرَعوا في صومهم؛ لأن مدةَ صومِهم معلومةٌ بالأيام(١)، فلا جهالةَ فيه.

قال: (ولا يجوزُ البيعُ إلىٰ قُدُوم الحاجِّ، وكذلك إلىٰ الحَصاد، والدِّيَاسِ، والقِطَافِ، والجِزَاز(٢))؛ لأنها تتقدَّم وتتأخَّر.

(ولو كَفَلَ إلىٰ هذه الأوقات: جاز)؛ لأن الجهالةَ اليسيرةَ متحمَلَةٌ في الكفالة، وهذه الجهالةُ يسيرةٌ مستدركَةٌ؛ لاختلاف الصحابة رضي الله تعالىٰ عنهم فيها(٣).

ولأنه معلومُ الأصل؛ ألا يُرىٰ أنها تحتملُ الجهالةَ في أصل الدَّيْن، بأن كَفَلَ بما ذابَ(٤) لكَ علىٰ فلانٍ، ففي الوصفِ: أَوْلىٰ.

---

(١) وهي خمسون يوماً. البناية١٠/ ٢٩٤.

(٢) بفتح الجيم وكسرها، والجزاز هو: قَطْعُ الصوف والنخل والزرع والشعر. حاشية سعدي علىٰ الهداية.

(٣) أي في الآجال المذكورة، يعني البيع إليها فاسدٌ عن عامة الصحابة رضي الله عنهم، وروي عن عائشة رضي الله عنها الجواز إلىٰ العطاء. البناية ١٠/ ٢٩٥.

(٤) أي بما وجب، وفي نُسخ: تكفل بما ذاب...

ولو باع إلىٰ هذه الآجالِ، ثم تراضيا بإسقاطِ الأجلِ قبلَ أن يأخذَ الناسُ في الحَصَادِ والدِّيَاسِ، وقبلَ قُدُومِ الحاجِّ: جاز البيعُ أيضاً.

بخلاف البيع: فإنه[1] لا يحتمِلُها في أصل الثمن، فكذا في وَصْفِهِ.

بخلاف ما إذا باع مطلقاً، ثم أجَّل الثمنَ إلىٰ هذه الأوقات، حيث جاز؛ لأن هذا تأجيلٌ في الدَّيْن، وهذه الجهالةُ فيه متحمَّلَةٌ، بمنزلة الكفالة، ولا كذلك اشتراطُه في أصل العقد؛ لأنه يَبطلُ بالشرط الفاسد.

قال: (ولو باع إلىٰ هذه الآجالِ، ثم تراضيا بإسقاطِ الأجلِ قبلَ أن يأخذَ الناسُ في الحَصَادِ والدِّيَاسِ، وقبلَ قُدُومِ الحاجِّ: جاز البيعُ أيضاً).

وقال زفر رحمه الله: لا يجوزُ؛ لأنه وَقَعَ فاسداً، فلا ينقلبُ جائزاً، وصار كإسقاط الأجلِ في النكاحِ إلىٰ أجلٍ.

ولنا: أن الفسادَ للمنازعة، وقد ارتفع قبلَ تقرُّره، وهذه الجهالةُ في شَرْطٍ زائدٍ، لا في صُلْبِ العقد، فيمكِنُ إسقاطُه.

بخلاف ما إذا باع الدرهمَ بالدرهمين، ثم أسقطا الدرهمَ الزائدَ؛ لأن الفسادَ في صُلْب العقد.

وبخلاف النكاحِ إلىٰ أجلٍ؛ لأنه مُتعةٌ، وهو عقدٌ آخَرُ غيرُ عقدِ النكاح. وقولُه في «الكتاب[2]»: ثم تراضيا: خَرَجَ وِفاقاً[3]؛ لأن مَن له الأجلُ:

---

(١) وفي نُسخ: فإنها.

(٢) أي مختصر القدوري.

(٣) أي علىٰ سبيل الاتفاق.

ومَن جَمَعَ بين حُرٍّ وعبدٍ، أو شاةٍ ذَكِيَّةٍ وميتةٍ: بطل البيعُ فيهما.

وإن جَمَعَ بين عبدٍ ومدبَّرٍ، أو بين عبدِه وعبدِ غيرِه: صحَّ البيعُ في العبد بحصته من الثمن.

يستبدُّ بإسقاطه؛ لأنه خالصُ حقِّه.

قال: (ومَن جَمَعَ بين حُرٍّ وعبدٍ، أو شاةٍ ذَكِيَّةٍ وميتةٍ: بطل البيعُ فيهما)، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: إن سمَّىٰ لكلٍّ واحدٍ منهما ثمناً: جاز البيعُ في العبدِ، والشاةِ الذكيَّة.

قال: (وإن جَمَعَ بين عبدٍ ومدبَّرٍ، أو بين عبدِه وعبدِ غيرِه: صحَّ[1] البيعُ في العبد بحصته من الثمن)، عند علمائنا الثلاثة.

وقال زفر رحمه الله: فَسَدَ البيعُ فيهما.

ومتروكُ التسمية عامداً[2]: كالميتة.

والمكاتبُ، وأمُّ الولد: كالمدبر.

له: الاعتبارُ بالفصل الأول، إذْ محلِّيةُ البيع منتفِيَةٌ بالإضافة إلىٰ الكل.

---

(١) وفي نُسخ: جاز.

(٢) هذا تفريعٌ من المصنِّف رحمه الله، وهو: إذا ضَمَّ الذكيةَ مع متروك التسمية عمداً: يبطل البيع. البناية ١٠/٣٠٠. قلت: وسيأتي فيما علَّقتُه في كتاب الذبائح أن صاحب الهداية اعتمد قولَ أبي يوسف بحرمة متروك التسمية، وشهَّر ذلك، في حين أن قول أبي حنيفة ومحمد هو جواز متروك التسمية، كقول الشافعي رحمه الله، فليُتنبَّه.

. . . .

ولهما: أن الفسادَ بقَدْرِ المُفسِد، فلا يتعدَّىٰ إلىٰ القِنِّ، كمَن جَمَعَ بين الأجنبيةِ وأختِه في النكاح.

بخلاف ما إذا لم يُسَمِّ ثمنَ كلِّ واحدٍ منهما؛ لأنه مجهولٌ.

ولأبي حنيفة رحمه الله، وهو الفرقُ بين الفصلَيْن: أن الحُرَّ لا يدخلُ تحت العقد أصلاً؛ لأنه ليس بمال، والبيعُ صَفْقَةٌ واحدةٌ، فكان القبولُ في الحُرِّ شرطاً للبيع في العبد، وهذا شَرْطٌ فاسدٌ، بخلاف النكاح؛ لأنه لا يبطلُ بالشروط الفاسدة.

وأما البيعُ في هؤلاء[1]: موقوفٌ، وقد دخلوا تحتَ العقدِ؛ لقيام المالية، ولهذا يَنفُذُ[2] في عبدِ الغير بإجازته، وفي المكاتَب: برضاه، في الأصح، وفي المدبَّر: بقضاء القاضي.

وكذا في أُمِّ الولدِ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، إلا أن المالك: باستحقاقه المبيعَ، وهؤلاء: باستحقاقِهم أنفسَهم رَدُّوا البيعَ، فكان هذا إشارةً إلىٰ البقاء، كما إذا اشترىٰ عبدَيْن، وهَلَكَ أحدُهما قبلَ القبض.

وهذا لا يكون شَرْطَ القبولِ في غير المَبيع، ولا بيعاً بالحصة ابتداءً، ولهذا لا يُشترطُ بيانُ ثمنِ كلِّ واحدٍ فيه، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي المدبر، والمكاتب، وأم الولد، وعبدِ الغير.

(٢) وفي نُسخ: ينعقد.

فصلٌ

في أحكام البيع الفاسد

وإذا قَبَضَ المشتري المَبيعَ في البيع الفاسدِ بأمر البائع، وفي العقدِ عوضان، كلٌّ واحدٍ منهما مالٌ: مَلَكَ المَبيعَ، ولَزِمَتْه قيمتُه.

فصلٌ[1]

في أحكام البيع الفاسد

قال: (وإذا قَبَضَ المشتري المَبيعَ في البيع الفاسدِ بأمر البائع، وفي العقدِ عوضان، كلٌّ واحدٍ منهما مالٌ: مَلَكَ المَبيعَ، ولَزِمَتْه قيمتُه).

وقال الشافعيُّ[2] رحمه الله: لا يَملِكُه وإن قَبَضَه؛ لأنه محظورٌ، فلا تُنالُ به نعمةُ الملكِ.

ولأن النهيَ نَسْخٌ للمشروعية؛ للتضادِّ بينهما، ولهذا لا يُفيدُه قَبْلَ القبض، وصار كما إذا باع بالميتة، أو باع الخمرَ بالدراهم.

ولنا: أن ركنَ البيعِ صَدَرَ من أهله مضافاً إلىٰ مَحَلِّه، فوَجَبَ القولُ بانعقاده، ولا خفاءَ في الأهلية والمحلية.

---

(١) وفي نُسخ: فصلٌ في أحكامه.

(٢) الحاوي الكبير ٣١٧/٥.

. . . .

وركْنُه: مبادلةُ المال بالمال، وفيه الكلامُ[١].

والنهيُ يقرِّرُ المشروعيةَ عندنا[٢]؛ لاقتضائه التصوُّرَ، فنَفْسُ البيع مشروعٌ، وبه تُنالُ نعمةُ الملك، وإنما المحظورُ: ما يُجاوِرُه، كما في البيع وقتَ النداء[٣].

وإنما لا يثبتُ الملكُ قبلَ القبض: كي لا يؤديَ إلىٰ تقريرِ الفسادِ المجاوِرِ، إذ هو واجبُ الرفعِ بالاسترداد، فبالامتناع عن المطالبةِ أَوْلىٰ.

ولأن السببَ قد ضَعُفَ؛ لمكان اقترانِه بالقبيح، فيُشترطُ اعتضادُه بالقبض في إفادة الحكم، بمنزلة الهبة.

والميتةُ ليست بمالٍ، فانعدم الركن[٤].

ولو كان الخمرُ مُثْمَناً: فقد خرَّجناه[٥].

---

(١) هذا جوابُ سؤالٍ مقدَّرٍ بأن يُقال: سلَّمنا بأن ركن البيع مبادلة المال بالمال، ولكن لمَ قلتَ: إنه موجودٌ، فأجاب بقوله: وفيه الكلامُ، يعني كلامُنا فيما إذا وُجد الركن؛ لأن الركن موجودٌ في جميع البيوع الفاسدة. البناية ١٠/٣٠٥

(٢) هذا جوابٌ عما يُقال: قد يكون النهي مانعاً عن المشروعية، فقال: والنهي.

(٣) أي نداء صلاة الجمعة.

(٤) هذا جوابٌ عن قياس الخصم المتنازع فيه علىٰ البيع بالميتة، وتقريره: أن الميتة ليست بمال، وما ليس بمالٍ: لا يجوز فيه البيع؛ لفوات ركنه.

(٥) جواب لكلام الخصم، وقد خرَّجه في أوائل البيع الفاسد. البناية ١٠/٣٠٧.

. . . .

وشيءٌ آخَرُ[١]: وهو أنَّ في الخمرِ: الواجبَ هو القيمةُ، وهي تَصلُحُ ثمناً، لا مُثْمَناً.

ثم شَرَطَ[٢] أن يكون القبضُ بإذن البائع، وهو الظاهرُ[٣]، إلا أنه يُكتفىٰ به دلالةً، كما إذا قَبَضَه في مجلس العقد؛ استحساناً، هو الصحيحُ؛ لأن البيعَ تسليطٌ منه علىٰ القبض، فإذا قَبَضَه بحضرته قبلَ الافتراق، ولم يَنْهَهُ: كان بحكم التسليطِ السابق.

وكذا القبضُ في الهبة، في مجلسِ العقد: يصحُّ؛ استحساناً.

وشَرَطَ[٤] أن يكون في العقد عوضان، كلٌّ واحدٍ منهما مالٌ: ليتحقَّق ركنُ البيع، وهو مبادلةُ المالِ بالمال، فيُخرَّجُ عليه البيعُ بالميتة، والدمِ، والحُرِّ، والرِّيحِ[٥]، والبيعُ مع نفي الثمن.

وقولُه: لزمَتْه قيمتُه: في ذوات القِيَم، فأما في ذوات الأمثال: فيلزمُه المِثْلُ؛ لأنه مضمونٌ بنفسه بالقبض، فشابَه الغَصْبَ، وهذا لأنَّ المثلَ صورةً ومعنىً أعدلُ من المِثل معنىً.

---

(١) أي دليلٌ آخَر.

(٢) أي الإمام القدوري. البناية ٣٠٧/١٠. وفي حاشية نسخة ٧٩٧هـ: القدوري أو محمد رحمهما الله.

(٣) أي ظاهر الرواية.

(٤) أي الإمام القدوري رحمه الله. وفي نُسخ: ويُشترط. البناية ٣٠٨/١٠.

(٥) بأن قال: بعتُ هذا الشيء بالريح الشمالي التي تَهُبُّ من مكان كذا.

ولكلٍّ واحدٍ من المتعاقدَيْن فَسْخُه.

فإن باعه المشتري بعد القبض: نَفَذَ بيعُه، وسَقَطَ حَقُّ الاستردادِ.

قال: (ولكلِّ واحدٍ من المتعاقدَيْن فَسْخُه)؛ رفعاً للفساد.

وهذا قبلَ القبضِ ظاهرٌ؛ لأنه لم يُفِدْ حكمَه، فيكونُ الفسخُ امتناعاً منه.

وكذا بعد القبض إذا كان الفسادُ في صُلْب العقد؛ لقوَّته.

وإن كان الفسادُ بشرطٍ زائدٍ: فلِمَن له الشرطُ ذلك، دون مَن عليه؛ لقوَّة العقد، إلا أنه لم تتحقَّقِ المراضاةُ في حَقِّ مَن له الشرطُ.

قال: (فإن باعه المشتري بعد القبض: نَفَذَ بيعُه)؛ لأنه مَلَكَه بالقبض، فمَلَكَ التصرُّفَ فيه.

(وسَقَطَ حَقُّ الاستردادِ)؛ لتعلُّقِ حَقِّ العبد بالثاني، ونَقْضُ الأولِ[1]: لِحَقِّ الشرع، وحَقُّ العبدِ مقدَّمٌ؛ لحاجته.

ولأن الأولَ مشروعٌ بأصله، دون وَصْفِه، والثاني مشروعٌ بأصله ووَصْفِه، فلا يُعارِضُه مجرَّدُ الوصفِ.

ولأنه[2] حَصَلَ بتسليطٍ من جهة البائع.

بخلاف تصرُّفِ المشتري في الدارِ المشفوعة؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما حقُّ العبد، ويستويان في المشروعية، وما حصل: بتسليطٍ من الشفيع.

---

(١) أي البيع الأول.

(٢) هذا دليلٌ ثالثٌ علىٰ سقوط حق استرداد البائع بعد بيع المشتري، أي لأن البيع حصل.

ومَن اشترىٰ عبداً بخمرٍ أو خنزيرٍ، فقبَضَه، وأعتقه، أو باعه، أو وَهَبَه، وسلَّمَه : فهو جائزٌ، وعليه القيمةُ.

وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذَ المَبيعَ حتىٰ يَردَّ الثمنَ.

وإن مات البائعُ : فالمشتري أحَقُّ به حتىٰ يَستوفِيَ الثمنَ.

قال: (ومَن اشترىٰ عبداً بخمرٍ أو خنزيرٍ، فقبَضَه، وأعتقه، أو باعه، أو وَهَبَه، وسلَّمَه: فهو جائزٌ، وعليه القيمةُ)؛ لِمَا ذكرنا أنه مَلَكَه بالقبض، فتَنفُذُ تصرُّفاتُه، وبالإعتاقِ قد هَلَكَ: فتلزمُه القيمةُ، وبالبيع والهبةِ: انقطع حقُّ الاسترداد، علىٰ ما مَرَّ.

والكتابةُ والرهنُ: نظيرُ البيع؛ لأنهما لازمان، إلا أنه يعودُ حَقُّ الاستردادِ بعَجْزِ المكاتَب، وفَكِّ الرهن؛ لزوال المانع.

وهذا بخلاف الإجارة؛ لأنها تُفسَخُ بالأعذار، ورَفْعُ الفسادِ: عُذْرٌ.

ولأنها تنعقدُ شيئاً فشيئاً، فيكون الردُّ امتناعاً.

قال: (وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذَ المَبيعَ حتىٰ يَردَّ الثمنَ)؛ لأن المبيعَ مقابَلٌ به، فيصيرُ محبوساً به، كالرهن[1].

قال: (وإن مات البائعُ: فالمشتري أحَقُّ به[2] حتىٰ يَستوفِيَ الثمنَ)؛ لأنه يُقدَّم[3] عليه في حياته، فكذا علىٰ ورثته وغرمائه بعد وفاته، كالراهن.

---

(١) وفي نُسخ: كالمرتهن.

(٢) أي بالمبيع.

(٣) وفي نُسخ: مقدَّمٌ.

ومَن باع داراً بيعاً فاسداً، فبناها المشتري : فعليه قيمتُها عند أبي حنيفة رحمه الله، رواه يعقوبُ رحمه الله عنه في «الجامع الصغير»، ثم شَكَّ بعد ذلك في الرواية.

وقالا : يُنقَضُ البناءُ، وتُرَدُّ الدارُ.

ثم إن كانت دراهمُ الثمنِ قائمةً: يأخذُها بعينها؛ لأنها تتعيَّنُ في البيع الفاسد، وهو الأصح؛ لأنه بمنزلة الغصب، وإن كانت مستهلَكةً: أَخَذَ مثلَها، لِمَا بيَّنَّا.

قال: (ومَن باع داراً بيعاً فاسداً، فبناها المشتري: فعليه قيمتُها عند أبي حنيفة رحمه الله، رواه يعقوبُ[1] رحمه الله عنه في «الجامع الصغير[2]»، ثم شَكَّ بعد ذلك في الرواية.

وقالا: يُنقَضُ البناءُ، وتُرَدُّ الدارُ).

والغَرْسُ: على هذا الاختلاف.

لهما: أن حَقَّ الشفيعِ أضعفُ من حَقِّ البائع، حتىٰ يَحتاجُ فيه إلىٰ القضاء، ويَبطلُ بالتأخير، بخلاف حقِّ البائع.

ثم أضعفُ الحَقَّيْن لا يَبطُلُ بالبناء، فأقواهما أَوْلىٰ.

وله: أن البناءَ والغَرْسَ مما يُقصَدُ بهما الدوامُ، وقد حَصَلَ بتسليطٍ من جهة البائع، فيَنقطِعُ حَقُّ الاستردادِ كالبيع.

---

(١) أي يعقوب بن إبراهيم الأنصاري أي الإمام أبو يوسف. البناية ١٠/٣١٤.

(٢) ص١٦٩.

ومَن اشترىٰ جاريةً شراءً فاسداً، وتقابَضَا، فباعها المشتري، ورَبِحَ فيها: تصدَّقَ بالرِّبح، ويَطِيْبُ للبائع ما رَبِحَ في الثمن.

بخلاف حَقِّ الشفيع؛ لأنه لم يوجَدْ منه التسليطُ، ولهذا لا يبطل[1] بهبة المشتري وبيعِه، فكذا ببنائه.

وشكَّ يعقوبُ رحمه الله في حِفْظِ هذه الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله.

وقد نصَّ محمدٌ رحمه الله علىٰ الاختلافِ في كتاب الشفعة[2]، فإن حقَّ الشفعة مبنيٌّ علىٰ انقطاع حقِّ البائعِ بالبناء، وثبوتُه[3]: علىٰ الاختلاف.

قال: (ومَن اشترىٰ جاريةً شراءً[4] فاسداً، وتقابَضَا، فباعها المشتري، ورَبِحَ فيها: تصدَّقَ بالرِّبح، ويَطِيْبُ للبائع ما رَبِحَ في الثمن).

والفرقُ: أن الجاريةَ مما يَتعيَّنُ، فيتعلَّقُ العقدُ بها، فيتمكَّنُ الخُبْثُ في الرِّبحُ، والدراهمُ والدنانيرُ لا تتعيَّنان في العقود، فلم يتعلَّقِ العقدُ الثاني بعينها، فلم يتمكَّنِ الخُبْثُ في الربح، فلا يجب التصدُّق.

وهذا في الخُبْثِ الذي سببُه فسادُ الملك، أما الخُبْثُ لعدم الملك: عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله يشملُ النوعَيْن؛ لتعلُّقِ العقدِ فيما يتعيَّن: حقيقةً، وفيما لا يتعيَّن: شُبْهةً، من حيث إنه تتعلَّقُ به سلامةُ المبيع، أو تقديرُ الثمن.

---

(١) أي حقُّ الشفعة.

(٢) أي من كتاب الأصل.

(٣) ينظر البناية ٣١٦/١٠ لرفع قوله: وثبوتُه، وبيان وجه ذلك.

(٤) وفي نُسخ: بيعاً.

وكذلك إذا ادعىٰ علىٰ آخَرَ مالاً، فقضاه إيَّاه، ثم تصادقا علىٰ أنه لم يكن عليه شيءٌ، وقد رَبِحَ المدعي في الدراهم: يَطيبُ له الرِّبْحُ.

وعند فسادِ الملك: تنقلبُ الحقيقةُ شبهةً، والشبهةُ تَنزِلُ إلىٰ شُبُهْةِ الشُّبْهة، والشبهةُ هي المعتبرةُ، دون النازلِ عنها.

قال: (وكذلك إذا ادعىٰ علىٰ آخَرَ مالاً، فقضاه إيَّاه، ثم تصادقا علىٰ أنه لم يكن عليه شيءٌ، وقد رَبِحَ المدعي في الدراهم: يَطيبُ له الرِّبْحُ)؛ لأن الخُبْثَ لفساد الملكِ ها هنا؛ لأن الدَّيْنَ وَجَبَ بالتسمية، ثم استُحِقَّ بالتصادق، وبدلُ المستَحَقِّ مملوكٌ[1]، فلا يَعملُ[2] فيما لا يتعيَّن، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) ملكاً فاسداً، والمستَحقُّ هو الدَّيْن، والبدل الدراهم. البناية ١٠/٣١٨.

(٢) أي الخبث.

فصلٌ فيما يُكرَه من البيوع

ونهىٰ رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلَّم عن النَّجْش، وعن السَّوْمِ علىٰ سَوْمِ غيرِه.

فصلٌ

فيما يُكرَه من البيوع

قال: (ونهىٰ رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلَّم عن النَّجْش)، وهو أن يزيدَ في الثمنِ، ولا يريدُ الشراءَ؛ ليرغِّبَ غيرَه.

وقال عليه الصلاة والسلام: «لا تناجَشُوا»(١).

قال: (وعن السَّوْمِ علىٰ سَوْمِ غيرِه).

قال عليه الصلاة والسلام: «لا يَستامُ الرجلُ علىٰ سَوْمِ أخيه، ولا يَخطُبُ علىٰ خِطبة أخيه»(٢).

ولأنَّ في ذلك إيحاشاً، وإضراراً.

---

(١) صحيح البخاري (٢١٤٠)، صحيح مسلم (١٤١٣، ١٥١٥).

والنَّجْش: بسكون الجيم، كما في مقدمة فتح الباري ١٤/١٩٣، وفي تاج العروس (نجش) قال: وبالفتح: لغةٌ، وفي المغرب (نجش): يروىٰ بالسكون والفتح.

وفي المصباح المنير (نجش): نَجَش الرجل نَجْشاً، من باب: قَتَل، والاسم: النَّجَش: بفتحتين. اهـ

(٢) صحيح مسلم (١٤١٣).

وعن تَلَقِّي الجَلَب، وعن بيعِ الحاضرِ للبادي، والبيعِ عند أذانِ الجمعة.

وهذا إذا تراضىٰ المتعاقدان علىٰ مبلغِ ثمنٍ في المساومة، أما إذا لم يَرْكَنْ أحدُهما إلىٰ الآخَر: فهو بيعُ مَن يَزيدُ، ولا بأسَ به، علىٰ ما نذكرُه.

وما ذكرناه[١]: مَحْمِلُ النهيِ في النكاح أيضاً[٢].

قال: (وعن تَلَقِّي الجَلَب)، وهذا إذا كان يُضِرُّ بأهل البلد.

فإن كان لا يُضِرُّ: فلا بأسَ به، إلا إذا لَبَّس السعرَ علىٰ الوارِدِيْن: فحينئذٍ يكره؛ لِمَا فيه من الغَرَرِ والضَّرَر.

قال: (وعن بيعِ الحاضرِ للبادي)، فقد قال عليه الصلاة والسلام: «لا يَبِعِ الحاضرُ للبادي»[٣].

وهذا إذا كان أهلُ البلدِ[٤] في قَحْطٍ وعَوَزٍ، وهو أن يبيعَ من أهل البَدْوِ؛ طَمَعاً في الثمن الغالي، لِمَا فيه من الإضرار بهم.

أما إذا لم يكن كذلك: فلا بأس به؛ لانعدام الضرر.

قال: (والبيعِ عند أذانِ الجمعة).

قال الله تعالىٰ: ﴿ وَذَرُواْ ٱلْبَيْعَ ﴾. الجمعة/٩.

---

(١) أي من قوله: وهذا إذا تراضىٰ المتعاقدان.

(٢) يعني إذا ركَنَ قلبُ المرأة إلىٰ الخاطب: يكره خطبة غيره، فإذا لم يركن: فلا يكره. البناية ٣٢١/١٠.

(٣) صحيح البخاري (٢١٥٨)، صحيح مسلم (١٥٢٠).

(٤) وفي نُسخ: البلدة.

كلُّ ذلك يُكرَه، ولا يَفسُدُ به البيعُ.

ولا بأسَ ببيع مَن يَزيدُ.

ثم فيه إخلالٌ بواجبِ السعي علىٰ بعضِ الوجوه[١]، وقد ذكرنا الأذانَ المعتبرَ فيه، في كتاب الصلاة[٢].

قال: (كلُّ ذلك يُكرَه)؛ لِمَا ذكرنا[٣].

(ولا يَفسُدُ به البيعُ)؛ لأنَّ الفسادَ في معنىً خارجٍ زائدٍ، لا في صُلْبِ العقد، ولا في شرائطِ الصحة.

قال: (ولا بأسَ ببيع مَن يَزيدُ)، وتفسيرُه ما ذكرنا.

وقد صحَّ أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام باع قَدَحاً وحِلْساً[٤] ببيع مَن يزيد[٥].

ولأنه بيعُ الفقراء[٦]، والحاجةُ ماسَّةٌ إليه، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) بأن عَقَدَا ووقَفَا، ولم يسعيا، وأما إذا كانا يمشيان، ويبيعان: فلا بأس به. البناية ١٠/٣٣٠.

(٢) في باب الجمعة، والأصح أن المعتبر هو الأذان الأول بعد الزوال.

(٣) أي من الدلائل في كل واحد منها منفرداً.

(٤) هو كِساءٌ يُطرح علىٰ ظهر البعير أو الحمار، جمعُه: أحلاس. البناية ١٠/٣٣٢.

(٥) سنن الترمذي (١٢١٨) وقال: حديثٌ حسنٌ، سنن النسائي (٤٥٠٨).

(٦) أي أن البائع الفقير يحتاج إلىٰ زيادة في الثمن. حاشية نسخة ٩٨١هـ، وقد توارث هذا النوع من البيع الناسُ في الأسواق. البناية ١٠/٣٣٣.

فصلٌ

ومَن مَلَكَ مملوكَيْن صغيرَيْن، أحدُهما ذو رَحِمٍ مَحْرَمٍ من الآخَر: لم يُفَرِّقْ بينهما.

وكذلك إن كان أحدُهما كبيراً، والآخَرُ صغيراً.

فصلٌ[1]

قال: (ومَن مَلَكَ مملوكَيْن صغيرَيْن، أحدُهما ذو رَحِمٍ مَحْرَمٍ من الآخَرَ: لم يُفَرِّقْ بينهما.

وكذلك إن كان أحدُهما كبيراً، والآخَرُ صغيراً).

والأصلُ فيه: قولُه صلىٰ الله عليه وسلم: «مَن فَرَّق بين والدةٍ وولدِها: فَرَّق اللهُ بينه وبين أحِبَّتِه يومَ القيامة»[2].

---

(١) وجاء في نُسخ بدل عنوان: فصلٌ، جاء: نوعٌ آخر منه. قلت: والمراد: أي نوعٌ آخرُ من البيع المكروه.

وقد نبَّه العيني في البناية ١٠/٣٣٣ إلىٰ سبب جَعْل هذا الفصل مستقلاً، وأنه يتعلق بالتفريق، وتعود الكراهة في هذا النوع من البيع لمعنىً راجع إلىٰ غير المعقود.

(٢) سنن الترمذي (١٥٦٦)، وقال: حسن غريب، مسند أحمد (٢٣٤٩٩)، المستدرك (٢٣٣٤)، قال في التلخيص الحبير ٣/١٥: «في إسنادهم حيي بن عبد الله المعافري: مختلف فيه، وله طريق أخرىٰ عند البيهقي غير متصلة، وله طريق أخرىٰ عند الدارمي ٢/٤٦».اهـ، وينظر نصب الراية ٤/٢٥، الدراية ٢/١٥٣.

. . . .

ووَهَبَ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم لعليٍّ رضي الله تعالىٰ عنه غلامَيْن أخوَيْن صغيرَيْن، ثم قال له: «ما فَعَلَ الغلامان؟».

فقال: بعتُ أحدَهما.

فقال: «أدْرِكْ، أدْرِكْ»[1].

ويُروىٰ: «اُرْدُدْ، اُرْدُد»[2].

ولأن الصغيرَ يَستأنسُ بالصغير وبالكبير، والكبيرُ يتعاهدُه، فكان في بيع أحدِهما: قَطْعُ الاستئناس، والمنعُ من التعاهد، وفيه تَرْكُ المَرحَمة علىٰ الصغار، وقد أُوعِدَ عليه[3].

ثم المَنْعُ معلولٌ بالقرابة المُحرِّمة للنكاح، حتىٰ لا يدخلُ فيه مَحْرَمٌ غيرُ قريبٍ، ولا قريبٌ غيرُ مَحْرَمٍ.

ولا يدخلُ فيه الزوجان، حتىٰ جاز التفريقُ بينهما؛ لأن النصَّ وَرَدَ بخلاف القياس، فيُقتَصَرُ علىٰ مَورِدِ النصِّ.

---

(١) سنن الترمذي (١٢٨٤)، وقال: حسن غريب، وينظر أحاديث أخرىٰ في ذلك في نصب الراية ٤/٢٥، الدراية ٢/١٥٣.

(٢) وفي لفظ سنن ابن ماجه (٢٢٤٩): رُدَّه، رُدَّه.

(٣) وذلك في قوله صلىٰ الله عليه وسلم: «ليس منَّا مَن لم يرحم صغيرنا، ويوقِّر كبيرنا»، سنن الترمذي (١٩٢١)، وقال: حسن غريب، صحيح ابن حبان (٤٦٤)، وينظر لرواياته وألفاظه: الترغيب والترهيب للمنذري ١/١١٣.

فإن فَرَّقَ بينهما : كُرِه له ذلك ، وجاز العقدُ .

وإن كانا كبيرَيْن : فلا بأس بالتفريق بينهما .

ولا بدَّ من اجتماعِهما في مِلكِه؛ لِمَا ذكرنا.

حتىٰ لو كان أحدُ الصغيرَيْن له، والآخَرُ لغيره: لا بأسَ ببيع واحدٍ منهما.

ولو كان التفريقُ بحَقٍّ مستَحِقٍّ: لا بأس به، كدفع أحدِهما بالجناية، وبيعِهِ بالدَّيْن، وردِّه بالعيب؛ لأن المنظورَ إليه: دَفْعُ الضررِ عن غيره، لا الإضرارُ به.

قال: (فإن فَرَّقَ بينهما: كُرِه له ذلك، وجاز العقدُ).

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يجوز في قرابة الوِلاد، ويجوزُ في غيرها.

وعنه: أنه لا يجوزُ في جميعِ ذلك؛ لِمَا روينا، فإن الأمرَ بالإدراك والردِّ: لا يكونُ إلا في البيع الفاسد.

ولهما: أن ركنَ البيعِ صَدَرَ من أهله مضافاً إلىٰ محلِّه[1]، وإنما الكراهةُ لمعنىً مجاورٍ له، فشابه كراهةَ الاسْتِيَام.

قال: (وإن كانا كبيرَيْن: فلا بأس بالتفريق بينهما).

لأنه ليسَ في معنىٰ ما وَرَدَ به النصُّ[2].

---

(١) وفي نُسخ: من أهله في محله.

(٢) وفي نُسخ: ما ورد الشرعُ به.

. . . .

وقد صحَّ أنه عليه الصلاة والسلام فرَّقَ بين مارِيَةَ وسِيْرِين، وكانتا أَمَتَيْن أختَيْن[1]، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) عزاه في نصب الراية ٤/٢٨ لمسند البزار (٤٤٢٣)، ولابن خزيمة في صحيحه (٧٨٦)، ولغيرهما، وفيها: أن المقوقس القِبْطي صاحب الإسكندرية أهدىٰ لرسول الله صلىٰ الله عليه وسلم جاريتَيْن، فتسرَّىٰ واحدةً، وهي (مارية)، وولدت له إبراهيم عليه السلام، والأخرىٰ (سيرين) أهداها لحسان بن ثابت رضي الله عنه، وينظر الدراية ٢/١٥٤، والتلخيص الحبير ٣/٧١.

* وأما ما نبَّه إليه ابن الهمام في فتح القدير ٦/١١٣ من أنه ليس في شيءٍ من نصوصهم السابقة ذِكْرُ أن الجاريتَيْن كانتا أختين، وهو مكانُ الشاهد، ومكانُ الاستدلال، وأن ذلك ورد في كتاب الاكتفاء، للكلاعي، نقلاً عن الواقدي...، وأنهما أختان. اهـ

فأقول: جاء في مسند الحارث (بغية الحارث، للهيثمي) ١/٥١١ (٤٥٢) مصرَّحاً بأن الجاريتين أختان، وقال البوصيري في إتحاف الخيرة المهرة ٣/٤٣: إسناده صحيح، وقال في مجمع الزوائد ٤/١٥٢: رواه البزار، والطبراني في الأوسط، ورجال البزار رجال الصحيح.

باب الإقالة

الإقالةُ : جائزةٌ في البيع بمِثْلِ الثمنِ الأول.

فإن شَرَطَ أكثرَ منه، أو أقلَّ : فالشرطُ باطلٌ، ويَرُدُّ مثلَ الثمنِ الأول.

فإن حَدَثَ في المبيع عيبٌ : جازتِ الإقالةُ بأقلَّ من الثمن الأول.

باب الإقالة

قال: (الإقالةُ: جائزةٌ في البيع بمِثْلِ الثمنِ الأول)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن أقال نادماً بيعتَه: أقال اللهُ عَثْرتَه[1] يومَ القيامة»[2].

ولأن العقدَ حقُّهما، فيَملِكان رَفْعَه؛ دفعاً لحاجتهما.

قال: (فإن شَرَطَ[3] أكثرَ منه، أو أقلَّ: فالشرطُ باطلٌ، ويَرُدُّ مثلَ الثمنِ الأول.

فإن[4] حَدَثَ في المبيع عيبٌ: جازتِ الإقالةُ بأقلَّ من الثمنِ الأول.

---

(١) وفي نُسخ: عثراته. بالجمع. قلت: لكن في كُتُب السُّنَن بالإفراد.

(٢) مصنف عبد الرزاق (٢٤٦٩)، وصححه ابن حبان (٥٠٢٩)، مسند البزار (٨٩٦٧)، وبلفظ: من أقال مسلماً: في سنن أبي داود (٣٤٦٠)، سنن ابن ماجه (٢١٩٩)، وصححه ابن حبان (٥٠٣٠).

(٣) أي البائع، وفي نُسخ: شَرَطًا، وفي نُسخ بالمبني للمجهول: شُرِط أكثرُ.

(٤) هذه الجملة بكاملها مثبتةٌ مصححةٌ في نسخةٍ نفيسة برقم ٦٤٤ سليمانية، =

والأصلُ أنَّ الإقالةَ فَسْخٌ في حَقِّ المتعاقدَيْن، بيعٌ جديدٌ في حَقِّ غيرِهما عند أبي حنيفة رحمه الله.

والأصلُ أنَّ الإقالةَ فَسْخٌ في حَقِّ المتعاقدَيْن، بيعٌ جديدٌ في حَقِّ غيرِهما)، إلا أنْ لا يُمكِنَ جَعْلُه فسخاً: فتبطُلُ، وهذا (عند أبي حنيفة رحمه الله).

وعند أبي يوسف رحمه الله: هو بيعٌ، إلا أنْ لا يُمكِنَ جَعْلُه بيعاً: فيُجعَلُ فسخاً، إلا أنْ لا يُمكنَ: فتَبطُل.

وعند محمد رحمه الله: هو فَسْخٌ، إلا إذا تعذَّر جَعْلُه فسخاً: فيُجعَلُ بيعاً، إلا أن لا يُمكِنَ: فتَبطُلُ.

لمحمدٍ رحمه الله: أن اللفظَ: للفسخ والرفعِ، ومنه يقال: أَقِلْني عَثْرتي، فتُوَفَّرُ عليه[1] قضيَّتُه.

وإذا تعذَّر: يُحمَلُ على مُحتَمَلِه، وهو البيعُ؛ ألا تَرىٰ أنه بيعٌ جديدٌ في حقِّ ثالثٍ.

ولأبي يوسف رحمه الله: أنه مبادَلَةُ المالِ بالمال بالتراضي، وهذا هو حدُّ البيع، ولهذا يبطلُ بهلاك السلعة، ويُرَدُّ بالعيب، وتَثبتُ به الشفعةُ، وهذه أحكامُ البيع.

ونسخة ١٠٣٨هـ، النفيسة أيضاً، وكذلك في بداية المبتدي ص٤٣٤، وسيأتي قريباً في الهداية تعليلُها.

(١) أي اللفظ. البناية ١٠/٣٤٣.

. . . .

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن اللفظَ يُنبِئُ عن الرفع والفسخِ، كما قلنا، والأصلُ: إعمالُ الألفاظِ في مقتضياتها الحقيقية، ولا تَحتمِلُ[1] ابتداءَ العقدِ ليُحمَلَ عليه عند تعذُّره؛ لأنه ضدُّه[2]، واللفظُ لا يَحتملُ ضدَّه، فتعيَّن البطلانُ.

وكونُها[3] بيعاً في حَقِّ الثالث: أمرٌ ضروريٌّ؛ لأنها[4] يثبتُ بها مثلُ حُكم البيع، وهو الملكُ، لا مقتضىٰ الصيغة، إذْ لا ولايةَ لهما علىٰ غيرهما.

إذا ثبت هذا نقول: إذا شَرَطَ الأكثرَ: فالإقالةُ علىٰ الثمن الأول؛ لتعذُّر الفسخِ علىٰ الزيادة، إذْ رَفْعُ ما لم يكن ثابتاً مُحالٌ، فيَبطل الشرطُ؛ لأن الإقالةَ لا تبطلُ بالشروط الفاسدة، بخلاف البيع؛ لأن الزيادةَ يُمكنُ إثباتُها في العقد، فيتحقق الربا، لكن[5] لا يُمكنُ إثباتُها في الرفع.

وكذا إذا شَرَطَ الأقلَّ؛ لِمَا بيَّنَّاه.

إلا[6] أن يَحدُثَ في المَبيعِ عيبٌ: فحينئذٍ جازتِ الإقالةُ بالأقل؛ لأن

---

(١) أي الإقالة.

(٢) أي لأن العقد ضدُّ الرفع.

(٣) أي الإقالة، وفي نُسخ: وكونه. قلت: والتذكير علىٰ محمل: عقد الإقالة.

(٤) أي الإقالة.

(٥) وفي نُسخ: أما لا يمكن. قال سعدي في حاشيته علىٰ الهداية وقد أُثبِت في نسخته: أما لا يمكن: قال: أما: هنا ليس في مقامه، والظاهر أن يقول: لكن. اهـ.

(٦) هذه الجملة من هنا إلىٰ قوله: جازت الإقالة بالأقل ـ أي من الثمن الأول ـ:

=

. . . .

الحَطَّ يُجعَلُ بإزاء ما فات بالعيب.

وعندهما: في شَرْطِ الزيادة: يكون بيعاً؛ لأن الأصلَ هو البيعُ عند أبي يوسف رحمه الله.

وعند محمدٍ رحمه الله: جَعْلُه بيعاً: ممكنٌ، فإذا زاد: كان قاصداً بهذا ابتداءَ البيع.

وكذا في شَرْطِ الأقلِّ عند أبي يوسف رحمه الله؛ لأنه هو الأصلُ عنده.

وعند محمدٍ رحمه الله هو فَسْخٌ بالثمن الأول، لأنه[1] سكوتٌ عن بعض الثمن الأول.

ولو سكَتَ عن الكلِّ، وأقال: يكونُ فسخاً، فهذا أَوْلىٰ، بخلاف ما إذا زاد.

وإذا دَخَلَه عيبٌ: فهو فسخٌ بالأقل؛ لِمَا بيَّنّاه.

ولو أقال بغير جنسِ الثمن الأول: فهو فسخٌ بالثمن الأول عند أبي حنيفة رحمه الله، وتُجعلُ التسميةُ لغواً، وعندهما: بيعٌ؛ لِمَا بيَّنّا.

قال: ولو وَلَدَتِ المَبيعةُ ولداً، ثم تقايلا: فالإقالةُ باطلةٌ عنده؛ لأن الولدَ مانعٌ من الفسخ، وعندهما: تكونُ بيعاً.

وُضع عليها في نُسخ كثيرة إشارة علىٰ أنها من المتن، دون نُسخ أخرىٰ، وقد أثبتُّها في بداية هذا الباب أنها من المتن هناك، وهي بصياغةٍ أكمل، وأرىٰ أن موضعها هناك هو الأنسب؛ حيث جاءت هنا مقحمةً بين الكلام عن شرط الأقل والأكثر، والله أعلم.

(١) أي لأن الأقلَّ. وفي نُسخ: لا سكوتٌ. وكذلك في طبعات الهداية القديمة.

وهلاكُ الثمنِ : لا يمنعُ من صحة الإقالة، وهلاكُ المَبيع : يمنعُ منها.

فإن هلك بعضُ المَبيع : جازتِ الإقالةُ في الباقي.

والإقالةُ قبلَ القبض في المنقولِ وغيرِه فسخٌ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وكذا عند أبي يوسف رحمه الله في المنقول؛ لتعذُّر البيع، وفي العقار: يكون بيعاً عنده؛ لإمكانِ البيع، فإنَّ بَيْعَ العقارِ قبلَ القبض جائزٌ عنده.

قال: (وهلاكُ الثمنِ: لا يمنعُ من صحة الإقالة، وهلاكُ المَبيع: يمنعُ منها)؛ لأن رَفْعَ البيعِ يستدعي قيامَه، وهو قائمٌ بالمَبيع، دون الثمن.

قال: (فإن هلك بعضُ المَبيع: جازتِ الإقالةُ في الباقي)؛ لقيام البيع فيه.

وإن تقايضا[1]: تجوز الإقالةُ بعد هلاكِ أحدِهما، ولا تبطلُ بهلاك أحدِهما؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما مَبيعٌ، فكان البيعُ[2] باقياً، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

باب
المُرَابَحَة والتَّوْلِيَة

المرابحةُ: نَقْلُ ما مَلَكَه بالعقد الأولِ، بالثمنِ الأولِ، مع زيادةِ رِبْحٍ.

والتَّوْلِيَةُ: نَقْلُ ما مَلَكَه بالعقدِ الأولِ، بالثمنِ الأولِ، من غيرِ زيادةِ رِبْحٍ.

باب
المُرَابَحَة والتَّوْلِيَة

قال: (المرابحةُ: نَقْلُ ما مَلَكَه بالعقد الأولِ، بالثمنِ الأولِ، مع زيادةِ رِبْحٍ.

والتَّوْلِيَةُ: نَقْلُ ما مَلَكَه بالعقدِ الأولِ، بالثمنِ الأولِ، من غيرِ زيادةِ رِبْحٍ).

والبَيْعان جائزان؛ لاستجماع شرائطِ الجواز، والحاجةُ ماسَّةٌ إلىٰ هذا النوع من البيع؛ لأن الغَبِيَّ الذي لا يَهتدي في التجارة: يَحتاجُ إلىٰ أنْ يَعتمدَ علىٰ فعلِ الذَّكِيِّ المُهتَدِي، وتَطِيْبَ نفسُه بمثل ما اشترىٰ، وبزيادةِ ربحٍ، فوجب القولُ بجوازهما.

ولهذا كان مَبْناهما علىٰ الأمانة، والاحترازِ عن الخيانة، وعن شُبُهتِها.

وقد صحَّ أنَّ النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم لَمَّا أراد الهجرةَ ابتاع أبو بكر رضي الله عنه بعيرَيْن، فقال له النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «وَلِّنِي أحدَهما».

فقال: هو لكَ يا رسول الله بغير شيءٍ.

ولا تصحُّ المرابحةُ والتوليةُ حتىٰ يكونَ العِوَضُ ممَّا له مِثْلٌ.

ويجوز أن يُضِيْفَ إلىٰ رأسِ المالِ أجرةَ القَصَّار والطَّرَّازِ والصَّبَّاغِ والفَتْل، وأجرةَ حَمْلِ الطعامِ.

فقال عليه الصلاة والسلام: «أمَّا بغير ثمنٍ: فلا»[(١)].

قال: (ولا تصحُّ المرابحةُ والتوليةُ حتىٰ يكونَ العِوَضُ ممَّا له مِثْلٌ)؛ لأنه إذا لم يكن له مِثْلٌ: لو مَلَكَه: مَلَكَه بالقيمة، وهي مجهولةٌ.

ولو كان المشتري باعه مرابحةً ممن يَملكُ ذلك البَدَلَ، وقد باعه بربحِ درهمٍ، أو بشيءٍ من المَكيلِ موصوفٍ: جاز؛ لأنه يَقدِرُ علىٰ الوفاءِ بما التزم.

وإن باعه بربحِ: دَهْ يازْدَه[(٢)]: لا يجوز؛ لأنه باعه برأسِ المالِ وببعض قيمته؛ لأنه ليس من ذواتِ الأمثال.

قال: (ويجوز أن يُضِيْفَ إلىٰ رأسِ المالِ أجرةَ القَصَّار والطَّرَّازِ والصَّبَّاغِ[(٣)] والفَتْل، وأجرةَ حَمْلِ الطعامِ).

---

(١) قال في نصب الراية ٣١/٤: غريبٌ. اهـ، وفي الدراية ١٥٤/٢: لم أجده، وفي صحيح البخاري (٢١٣٨) ما يخالفه، فإن فيه: خُذْ إحداهما، قال: بالثمن. اهـ ومثله في التعريف والإخبار ٢٩٧/٢، ونقل العيني في البناية ٣٥٠/١٠ عن العناية للبابرتي ١٢٣/٦ قال: وقد صحَّت التولية من النبي صلىٰ الله عليه وسلم. قلت: ولعله أخذ تصحيحَه من كلام صاحب الهداية: وقد صحَّ، والله أعلم.

(٢) بالفارسية: دَه: اسمٌ للعشرة، و: يازْدَه: هو اسمُ أحد عشر بالفارسية، أي بربح درهم علىٰ عشرة دراهم. البناية ٣٥٣/١٠.

(٣) وفي نُسخ: أجرة القصَّار والطراز والصَّبْغ.

ويقولُ : قام عليَّ بكذا، ولا يقولُ : اشتريتُه بكذا.

فإن اطَّلع المشتري علىٰ خِيانةٍ في المرابحة : فهو بالخيار عند أبي حنيفة رحمه الله : إن شاء أَخَذَه بجميع الثمن، وإن شاء تَرَكَه.

وإن اطَّلع علىٰ خيانةٍ في التولية : أسقطها من الثمن.

لأن العُرْفَ جارٍ بإلحاق هذه الأشياءِ برأس المال في عادةِ التجار.

ولأن كلَّ ما يزيدُ في المبيع، أو في قيمته: يُلحَقُ به، هذا هو الأصلُ، وما عدَدْناه: بهذه الصفة؛ لأن الصَّبْغَ[1] وأخواتِه يزيدُ في العين، والحملُ يزيدُ في القيمة، إذِ القيمةُ تختلفُ باختلافِ المكان.

قال: (ويقولُ: قام عليَّ بكذا، ولا يقولُ: اشتريتُه بكذا)؛ كي لا يكون كاذباً.

وسَوْقُ الغَنَمِ: بمنزلة الحَمْل.

بخلاف أُجرةِ الراعي، وكراءِ بيتِ الحفظ؛ لأنه لا يزيدُ في العَيْن والمعنىٰ.

وبخلاف أجرةِ التعليم؛ لأن ثبوتَ الزيادةِ لمعنىً فيه، وهو حَذَاقتُه.

قال: (فإن اطَّلع المشتري علىٰ خِيانةٍ في المرابحة: فهو بالخيار عند أبي حنيفة رحمه الله: إن شاء أَخَذَه بجميع الثمن، وإن شاء تَرَكَه.

وإن اطَّلع علىٰ خيانةٍ في التولية: أسقطها من الثمن.

---

(١) وفي نُسخ: بكسر الصاد: الصِّبْغ.

وقال أبو يوسف رحمه الله : يَحُطُّ فيهما .

وقال محمدٌ رحمه الله : يُخيَّرُ فيهما .

وقال أبو يوسف رحمه الله: يَحُطُّ فيهما.

وقال محمدٌ رحمه الله: يُخيَّرُ فيهما).

لمحمدٍ رحمه الله: أن الاعتبارَ للتسمية؛ لكونه معلوماً، والتوليةُ والمرابحةُ ترويجٌ وترغيبٌ، فيكونُ وصفاً مرغوباً فيه، كوصفِ السلامة، فيتخيَّرُ بفواته.

ولأبي يوسف رحمه الله: أن الأصلَ فيه: كونُه توليةً ومرابحةً، ولهذا ينعقدُ بقوله: ولَّيتُكَ بالثمنِ الأول، أو بعتُكَ مرابحةً علىٰ الثمنِ الأولِ إذا كان ذلك معلوماً.

فلا بدَّ من البناءِ علىٰ الثمنِ الأول، وذلك بالحَطِّ، غيرَ أنه يَحُطُّ في التولية: قَدْرَ الخِيانة من رأسِ المال، وفي المرابحةِ: منه ومن الربح.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنه لو لم يَحُطَّ في التولية: لا تبقىٰ توليةً؛ لأنه يزيدُ علىٰ الثمنِ الأولِ، فيَتغيَّرُ التصرُّفُ، فتعيَّن الحطَّ في التولية، وفي المرابحة: لو لم يحطَّ: تبقىٰ مرابحةً.

وإن كان يتفاوَتُ الربحُ: فلا يَتغيَّرُ التصرفُ، فأمكن القولُ بالتخيير.

فلو هَلَكَ قبلَ أن يردَّه، أو حَدَثَ فيه ما يَمنعُ الفسخَ: يلزمُه جميعُ الثمن، في الروايات الظاهرة[1].

---

(١) احترز به عما رُوي عن محمد رحمه الله في غير رواية الأصول، أنه يُفسخ البيع علىٰ القيمة إن كان أقل من الثمن؛ حتىٰ يندفع الضرر عن المشتري. البناية ١٠/٣٥٧.

ومَن اشترىٰ ثوباً، فباعه برِبْحٍ، ثم اشتراه، فإن باعه مرابحةً : طَرَحَ عنه كلَّ رِبْحٍ كان قبلَ ذلك.

فإن كان استغرقَ الثمنَ : لم يبِعْه مرابحةً، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا : يبيعُه مرابحةً علىٰ الثمن الأخير.

لأنه مجرَّدُ خيارٍ لا يقابلُه شيءٌ من الثمن، كخيار الرؤية والشرط.

بخلاف خيارِ العيب؛ لأنه مطالَبَةٌ بتسليم الفائت، فيسقطُ ما يقابلُه عند عجزه عن تسليمه.

قال: (ومَن اشترىٰ ثوباً، فباعه برِبْحٍ، ثم اشتراه، فإن باعه مرابحةً: طَرَحَ عنه كلَّ رِبْحٍ كان قبلَ ذلك.

فإن كان استغرقَ الثمنَ: لم يبِعْه مرابحةً[1]، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يبيعُه مرابحةً علىٰ الثمن الأخير).

صورتُه: إذا اشترىٰ ثوباً بعشرةٍ، وباعه بخمسةَ عشر، ثم اشتراه بعشرةٍ: فإنه يبيعُه مرابحةً بخمسةٍ، ويقولُ: قام عليَّ بخمسةٍ.

ولو اشتراه بعشرةٍ، وباعه بعشرين مرابحةً، ثم اشتراه بعشرةٍ: لا يبيعُه مرابحةً أصلاً.

وعندهما: يبيعُه مرابحةً علىٰ العشرة في الفصلَيْن.

لهما: أن العقدَ الثاني عقدٌ متجدِّدٌ، منقطِعُ الأحكامِ عن الأول، فيجوزُ بناءُ المرابحة عليه، كما إذا تخلَّل ثالثٌ.

---

(١) إلا أن يبيِّن. حاشية سعدي علىٰ الهداية، نقلاً عن فتح القدير ٦/١٢٧.

وإذا اشترىٰ العبدُ المأذونُ له في التجارة ثوباً بعشرةٍ، وعليه دَيْنٌ يُحيطُ برقبته، فباعه من المولىٰ بخمسةَ عشرَ: فإنه يبيعُه مرابحةً علىٰ عشرة.

وكذلك إن كان المولىٰ اشتراه بعشرة، فباعه من العبد بخمسة عشر.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن شُبْهَةَ حصولِ الربحِ بالعقدِ الثاني ثابتةٌ؛ لأنه[1] يَتأكَّدُ به[2] بعد ما كان علىٰ شَرَفِ السقوطِ بالظهور علىٰ عيبٍ، والشبهةُ: كالحقيقة في بيعِ المرابحة؛ احتياطاً.

ولهذا لم تَجُزِ المرابحةُ فيما أَخَذَه بالصلح، لشُبهة الحَطِيطَة، فيصيرُ كأنه اشترىٰ خمسةً وثوباً بعشرة، فتُطرَحُ عنه خمسةٌ.

بخلاف ما إذا تخلَّل بينهما ثالثٌ؛ لأن التأكيدَ حَصَلَ بغيره.

قال: (وإذا اشترىٰ العبدُ المأذونُ له في التجارة ثوباً بعشرةٍ، وعليه دَيْنٌ يُحيطُ برقبته، فباعه من المولىٰ بخمسةَ عشرَ: فإنه يبيعُه مرابحةً علىٰ عشرة.

وكذلك إن كان المولىٰ اشتراه بعشرة[3]، فباعه من العبد بخمسة عشر[4])؛ لأن في هذا العقد شُبْهَةَ العدم، بجوازه مع المنافي[5]، فاعتُبر

---

(١) أي الربح.

(٢) أي بالعقد الثاني.

(٣) قوله: بعشرة: مثبتٌ في نُسخ، وكذلك قوله: بخمسة عشر، دون نُسخ أخرىٰ.

(٤) فيجب أن يبيعه العبد مرابحةً علىٰ عشرة.

(٥) لجواز العقد، لقيام الدَّيْن مع وجود المنافي للجواز، وهو كونُ العبد ملكاً للمولىٰ، فصار كأنه باع ملكَ نفسهِ من نفسهِ. البناية ١٠/٣٦١.

وإذا كان مع المضارِبِ عشرةُ دراهمَ بالنصف، فاشترىٰ ثوباً بعشرةٍ، وباعه من ربِّ المال بخمسةَ عشر: فإنه يَبيعُه مرابحةً باثني عشر ونصفٍ.

ومَن اشترىٰ جاريةً، فاعْوَرَّتْ، أو وطئها وهي ثيِّبٌ: يبيعُها مرابحةً، ولا يُبيِّنُ.

عدماً في حكم المرابحة، وبقِيَ الاعتبارُ للأول، فيصيرُ كأنَّ العبدَ اشتراه للمولىٰ بعشرةٍ في الفصل الأول، وكأنه يبيعُه للمولىٰ في الفصل الثاني، فيُعتبرُ الثمنُ الأول.

قال: (وإذا كان مع المضارِبِ عشرةُ دراهمَ بالنصف، فاشترىٰ ثوباً بعشرةٍ، وباعه من ربِّ المال بخمسةَ عشر: فإنه يَبيعُه مرابحةً باثني عشر ونصفٍ)؛ لأن هذا البيعَ وإن قُضِيَ بجوازه عندنا عند عدمِ الربح ـ خلافاً لزفر رحمه الله، مع أنه اشترىٰ[1] مالَه بمالِه؛ لِمَا فيه من استفادةِ ولايةِ التصرفِ، وهو مقصودٌ، والانعقادُ يَتْبَعُ الفائدةَ ـ: ففيه شبهةُ العدم.

ألا ترىٰ أنه وكيلٌ عنه في البيع الأولِ من وجهٍ، فاعتُبر البيعُ الثاني عدماً في حَقِّ نصفِ الربح.

قال: (ومَن اشترىٰ جاريةً، فاعْوَرَّتْ، أو وطئها وهي ثيِّبٌ: يبيعُها مرابحةً، ولا يُبيِّنُ)؛ لأنه لم يَحتَبِسْ عنده شيءٌ يقابلُه الثمنُ؛ لأن الأوصافَ تابعةٌ لا يقابلُها الثمنُ، ولهذا لو فاتَتْ قبلَ التسليم: لا يسقطُ شيءٌ من الثمن.

---

(١) وفي نُسخ: يشتري، وفي أخرىٰ: مشترٍ.

فأما إذا فَقَأَ عينَها بنفسه، أو فَقَأَها أجنبيٌّ، فأخذ أَرْشَها : لم يبِعْها مرابحةً حتىٰ يُبيِّنَ.

وكذا إذا وطئها وهي بكرٌ.

ولو اشترىٰ ثوباً، فأصابه قَرْضُ فأرٍ، أو حَرْقُ نارٍ : يبيعُه مرابحةً من غير بيانٍ.

ولو تكسَّر بنَشْره وطَيِّه : لا يبيعُه مرابحةً حتىٰ يُبيِّنَ.

وكذا منافعُ البُضْع لا يقابلُها الثمنُ، والمسألةُ فيما إذا لم يُنَقِّصْها الوطءُ.

وعن أبي يوسف رحمه الله في الفصلِ الأول: أنه لا يبيعُ مرابحةً من غير بيانٍ، كما إذا احتبس بفعله، وهو قولُ الشافعي[1] رحمه الله.

قال: (فأما إذا فَقَأَ عينَها بنفسه، أو فقَأَها أجنبيٌّ، فأخذ أَرْشَها: لم يبِعْها مرابحةً حتىٰ يُبيِّنَ)؛ لأنه صار مقصوداً بالإتلاف، فيقابلُها شيءٌ من الثمن.

قال: (وكذا إذا وطئها وهي بِكْرٌ)؛ لأن العُذْرَةَ جزءٌ من العين، يقابلُها الثمنُ، وقد حَبَسَها.

قال: (ولو اشترىٰ ثوباً، فأصابه قَرْضُ فأرٍ، أو حَرْقُ نارٍ: يبيعُه مرابحةً من غير بيانٍ.

ولو تكسَّر بنَشْره وطَيِّه: لا يبيعُه مرابحةً حتىٰ يُبيِّنَ)، والمعنىٰ ما بيَّنَّاه.

---

(١) العزيز ٨/٣٥١.

ومَن اشترىٰ غلاماً بألفِ درهمٍ نسيئةً، فباعه برِبْحِ مائةٍ حالاً، ولم يُبيِّن، فعَلِمَ المشتري: فله الخيارُ: فإن شاء ردَّه، وإن شاء أخذه.

وإن استهلَكَه، ثم عَلِمَ: لزِمَه بألفٍ ومائةٍ.

فإن كان ولاَّه إياه، ولم يبيِّنْ: ردَّه إن شاء.

وإن كان استهلكه، ثم عَلِمَ: لزمه بألفٍ حالَّةٍ.

قال: (ومَن اشترىٰ غلاماً بألفِ درهمٍ نسيئةً، فباعه برِبْحِ مائةٍ حالاً، ولم يُبيِّن، فعَلِمَ المشتري: فله الخيارُ: فإن شاء ردَّه، وإن شاء أخذه[1])؛ لأنَّ للأجل شَبَهاً بالمبيع، ألا يُرىٰ أنه يُزادُ في الثمنِ لأَجْلِ الأَجَل.

والشبهةُ في هذا مُلحَقةٌ بالحقيقة، فصار كأنه اشترىٰ شيئَيْن، وباع أحدَهما مرابحةً بثمنهما، والإقدامُ علىٰ المرابحة يوجِبُ السلامةَ عن مثل هذه الخيانة، فإذا ظهرتْ: يُخيَّرُ، كما في العيب.

(وإن استهلَكَه[2]، ثم عَلِمَ[3]: لزِمَه بألفٍ ومائةٍ)؛ لأن الأجلَ لا يقابلُه شيءٌ من الثمن.

قال: (فإن كان ولاَّه إياه، ولم يبيِّنْ: ردَّه إن شاء)؛ لأن الخيانةَ في التولية: مثلُها في المرابحة؛ لأنه بناءٌ علىٰ الثمن الأول.

(وإن كان استهلكه[4]، ثم عَلِمَ: لزمه بألفٍ حالَّةٍ)؛ لِمَا ذكرناه.

---

(١) وفي نُسخ: وإن شاء قَبِلَ.

(٢) أي المشتري الثاني.

(٣) أي بالأجل.

(٤) أي المشتري الثاني في التولية.

ومَن ولَّىٰ رجلاً شيئاً بما قام عليه، ولم يَعلَمِ المشتري بكَم قام عليه: فالبيعُ فاسدٌ.

فإن أعلمه البائعُ بثمنه في المجلس: فهو بالخيار: إن شاء أَخَذَه، وإن شاء تَركَه.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يَرُدُّ القيمةَ، ويَستَرِدُّ كلَّ الثمن، وهو نظيرُ ما إذا استوفىٰ الزُّيوفَ مكانَ الجِيَاد، وعَلِمَ بعد الإنفاقِ، وسيأتيكَ من بعدُ إن شاء الله تعالىٰ.

وقيل: يُقوَّمُ بثمنٍ حالٍّ، وبثمنٍ مؤجَّلٍ، فيَرجعُ[1] بفضل ما بينهما.

ولو لم يكنِ الأجلُ مشروطاً في العقد، ولكنه منجَّمٌ معتادٌ: قيل: لا بدَّ من بيانه؛ لأن المعروفَ: كالمشروط، وقيل: يبيعُه، ولا يُبيِّنُه؛ لأن الثمن حالٌّ.

قال: (ومَن ولَّىٰ رجلاً شيئاً بما قام عليه، ولم يَعلَمِ المشتري بكَم قام عليه: فالبيعُ فاسدٌ)؛ لجهالة الثمن.

(فإن أعلمه البائعُ بثمنه[2] في المجلس: فهو بالخيار: إن شاء أَخَذَه، وإن شاء تَركَه)؛ لأن الفسادَ لم يتقرَّر.

فإذا حصل العلمُ في المجلس: جُعِلَ كابتداء العقد، وصار كتأخير

---

(١) وفي نُسخ: فيغرم.

(٢) وفي نُسخ: يعني في المجلس.

. . . .

القبولِ إلىٰ آخِرِ المجلس، وبعد الافتراق: قد تقرَّر[١]، فلا يَقبَلُ الإصلاحَ.

ونظيرُه: بيعُ الشيءِ برَقْمِه إذا عَلِمَ[٢] في المجلس.

وإنما يَتخيَّر؛ لأن الرضا لم يَتِمَّ قبلَه؛ لعدم العلم، فيتخيَّرُ، كما في خيار الرؤية، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي الفساد.

(٢) أي المشتري، وفي نُسخ: عُلم. بالمبني للمجهول.

فصلٌ
فيما يُنقَلُ ويُحَوَّل

ومَن اشترىٰ شيئاً مما يُنقَلُ ويُحَوَّل : لم يَجُزْ له بيعُه حتىٰ يَقبِضَه .

ويجوزُ بيعُ العقار قبلَ القبضِ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله .

وقال محمدٌ رحمه الله : لا يجوز .

فصلٌ
فيما يُنقَلُ ويُحَوَّل

قال: (ومَن اشترىٰ شيئاً مما يُنقَلُ ويُحَوَّل: لم يَجُزْ له بيعُه حتىٰ يَقبِضَه)؛ لأنه عليه الصلاة والسلام نهىٰ عن بيع ما لم يُقبَض[1].

ولأن فيه غَرَرَ انفساخِ العقدِ علىٰ اعتبار الهلاك.

قال: (ويجوزُ بيعُ العقارِ قبلَ القبضِ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: لا يجوز)؛ رجوعاً إلىٰ إطلاق الحديث، واعتباراً بالمنقول، وصار كالإجارة.

---

(١) تقدم قريباً في آخر الإباق، وهذا النهي ورد في الصحيحين (خ: ٢١٣٦، م: ١٥٢٥) وغيرهما بلفظ: «مَن ابتاع طعاماً، فلا يبِعْه حتىٰ يستوفيَه»، وبلفظ: «حتىٰ يقبِضَه»، وجاء بلفظ المؤلف في المعجم الأوسط (١٥٥٤) ، وفي سنده مقال.

ومَن اشترىٰ مكيلاً مكايلةً، أو موزوناً موازنةً، فاكتاله أو اتَّزَنَه، ثم باعه مكايلةً أو موازنةً: لم يَجُزْ للمشتري منه أن يبيعَه، ولا أن يأكلَه حتىٰ يُعيدَ الكيلَ والوزنَ جميعاً.

ولهما: أن ركنَ البيعِ صَدَرَ من أهله في مَحَلِّه، ولا غَرَرَ فيه؛ لأن الهلاكَ في العقار نادرٌ، بخلاف المنقول.

والغَرَرُ المنهيُّ عنه: غَرَرُ انفساخِ العقد، والحديثُ معلولٌ به؛ عملاً بدلائل الجواز.

والإجارةُ[1]: قيل: علىٰ هذا الخلاف.

ولو سُلِّمَ[2]: فالمعقودُ عليه في الإجارةِ: المنافعُ، وهلاكُها غيرُ نادرٍ.

قال: (ومَن اشترىٰ مكيلاً مكايلةً، أو موزوناً موازنةً، فاكتاله أو اتَّزَنَه، ثم باعه مكايلةً أو موازنةً: لم يَجُزْ للمشتري منه أن يبيعَه، ولا أن يأكلَه حتىٰ يُعيدَ الكيلَ والوزنَ جميعاً)؛ لأن النبيَّ عليه الصلاة والسلام نهىٰ عن بيع الطعام حتىٰ يَجريَ فيه الصاعان: صاعُ البائع، وصاعُ المشتري[3].

---

(١) جاء في الكفاية ٦/١٣٩: أي لا يجوز للمشتري أن يؤاجر الدارَ المشتراة قبل القبض عند محمد رحمه الله، وعندهما: يجوز، والأصح أن الإجارة لا تصح اتفاقاً، وعليه الفتوىٰ؛ لأن الإجارة تمليك المنافع، والمنافع كالمنقول في احتمال الهلاك. اهـ لكن قال في البناية ١٠/٣٧٤: هذا جوابٌ عن قياس الإمام محمد.

(٢) وضُبطت في نُسخ هكذا: سَلَّم.

(٣) سنن ابن ماجه (٢٢٢٨)، سنن البيهقي ٥/٣١٦، وقال: «هذا الحديث روي موصولاً من أوجه، إذا ضُمَّ بعضها إلىٰ بعض قَوِي».

=

. . . .

ولأنه يحتملُ أن يزيدَ علىٰ المشروط، وذلك للبائع، والتصرُّفُ في مالِ الغير حرامٌ، فيجبُ التحرُّزُ عنه.

بخلاف ما إذا باعه مجازَفةً؛ لأن الزيادةَ له.

وبخلاف ما إذا باع الثوبَ مُذارعةً؛ لأن الزيادةَ له، إذِ الذَّرْع وَصْفٌ في الثوب، بخلاف القَدْر.

ولا معتبرَ بكيلِ البائعِ قبلَ البيع وإن كان بحضرةِ المشتري؛ لأنه ليس صاعَ البائعِ والمشتري، وهو الشرطُ.

ولا بكَيْلِه بعد البيعِ بغَيْبة المشتري؛ لأنَّ الكيلَ من بابِ التسليم؛ لأن به يصيرُ المبيعُ معلوماً، ولا تسليمَ إلا بحضرته.

ولو كالَه البائعُ بعد البيعِ بحضرةِ المشتري: فقد قيل: لا يُكتفَىٰ به؛ لظاهر الحديث، فإنه[1] اعتَبَرَ صاعَيْن.

والصحيحُ أنه يُكتَفَىٰ به؛ لأن المبيعَ صار معلوماً بكيلٍ واحدٍ، وتحقَّقَ معنىٰ التسليم.

ومَحْمَلُ الحديث: اجتماعُ الصفقتَيْن، علىٰ ما نُبيِّنُ في باب السَّلَم إن شاء الله تعالىٰ.

قال ابن حجر في الدراية ٢/١٥٥: «وأخرجه البزار من حديث أبي هريرة بسند جيد». اهـ، كما حسَّن إسناده في فتح الباري ٤/٣٥١.

(١) أي النبي صلىٰ الله عليه وسلم.

والتصرُّفُ في الثمن قبلَ القبض : جائزٌ.

ويجوزُ للمشتري أن يزيدَ البائعَ في الثمنِ، ويجوزُ للبائع أن يزيدَ المشتريَ في المَبيع، ويجوزُ أن يَحُطَّ من الثمن، ويتعلَّقُ الاستحقاقُ بجميع ذلك.

ولو اشترىٰ المعدودَ عَدّاً: فهو كالمَذْروع، فيما يُروىٰ عنهما[1]؛ لأنه ليس بمالِ الربا.

وكالموزون، فيما يُروىٰ عن أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه لا تَحِلُّ له الزيادةُ علىٰ المشروط.

قال: (والتصرُّفُ في الثمن قبلَ القبض: جائزٌ)؛ لقيام المطلَق، وهو الملكُ، وليس فيه غَرَرُ الانفساخِ بالهلاك؛ لعدم تعيُّنِها بالتعيين، بخلاف المبيع.

قال: (ويجوزُ للمشتري أن يزيدَ البائعَ في الثمنِ، ويجوزُ للبائع أن يزيدَ المشتريَ في المَبيع، ويجوزُ أن يَحُطَّ من الثمن، ويتعلَّقُ الاستحقاقُ بجميع ذلك).

فالزيادةُ والحَطُّ يلتحقان بأصل العقد عندنا.

وعند زفر والشافعي[2] رحمهما الله: لا يصحَّان، علىٰ اعتبار الالتحاق، بل علىٰ اعتبار ابتداءِ الصلة.

---

(١) أي الصاحبين رحمهما الله تعالىٰ.

(٢) المهذب ٢/٥٨.

. . . .

لهما: أنه لا يُمكِنُ تصحيحُ الزيادةِ ثمناً؛ لأنه يُصيِّرُ[1] ملكَه عوضَ مِلْكِهِ، فلا يَلتحقُ بأصل العقد.

وكذا الحَطُّ[2]؛ لأن كلَّ الثمنِ صار مقابَلاً بكلِّ المبيع، فلا يمكنُ إخراجُه، فصار[3] بِرّاً مبتَدأً.

ولنا: أنهما[4] بالحطِّ والزيادة يُغيِّران العقدَ من وصفٍ مشروعٍ إلىٰ وصفٍ مشروعٍ، وهو كونُه رابحاً، أو خاسراً، أو عَدْلاً[5]، ولهما ولايةُ الرفع، فأَوْلىٰ أن يكونَ لهما ولايةُ التغيير، وصار كما إذا أسقطا الخيارَ، أو شرطاه بعد العقد.

ثم إذا صحَّ[6]: يلتحقُ بأصل العقد؛ لأن وَصْفَ الشيءِ يقومُ به، لا بنفسه.

بخلاف حَطِّ الكلِّ؛ لأنه تبديلٌ لأصله، لا تغييرٌ لوصفِه، فلا يَلتحقُ به.

وعلىٰ اعتبار الالتحاق: لا تكونُ الزيادةُ عوضاً عن مِلكِه.

---

(١) هكذا ضُبطت في نُسخ، وضُبطت في أخرىٰ كما يلي: يَصِيرُ ملكُه عوضَ.

(٢) أي لا يلتحق بأصل العقد.

(٣) أي كل واحد من الزيادة والحط.

(٤) أي البائع والمشتري.

(٥) أي بقيمته لا خسارة.

(٦) أي الحط أو الزيادة.

ومَن باع بثمنٍ حالٍّ، ثم أجَّلَه أجلاً معلوماً : صار مؤجَّلاً.

ويَظهرُ حكمُ الالتحاقِ في التوليةِ والمرابحة، حتىٰ يجوزُ علىٰ الكلِّ في الزيادة، ويباشرُ علىٰ الباقي في الحطِّ، وفي الشفعة، حتىٰ يأخذُ بما بقيَ في الحط.

وإنما كان للشفيع أن يأخذَ بدون الزيادة: لِمَا في الزيادة من إبطال حقِّه الثابت، فلا يَملِكانه.

ثم الزيادةُ لا تصحُّ بعد هلاك المبيع، علىٰ ظاهر الرواية؛ لأن المبيعَ لم يبقَ علىٰ حالةٍ يصحُّ الاعتياضُ عنه، والشيءُ يثبتُ، ثم يَستنِدُ[1].

بخلاف الحطِّ؛ لأنه بحالٍ يُمكنُ إخراجُ البدلِ عما يقابِلُه، فيلتحقُ بأصل العقد استناداً.

قال: (ومَن باع بثمنٍ حالٍّ، ثم أجَّلَه أجلاً معلوماً: صار مؤجَّلاً)؛ لأن الثمنَ حقُّه، فله أن يؤخِّرَه؛ تيسيراً علىٰ مَن عليه، ألا ترىٰ أنه يَملِكُ إبراءَه مطلقاً، فكذا مؤقَّتاً.

ولو أجَّله إلىٰ أجلٍ مجهولٍ: إن كانت الجهالةُ متفاحِشةً، كهبوب الريح: لا يجوز، وإن كانت متقاربةً، كالحصاد والدِّياسِ: يجوزُ؛ لأنه بمنزلة الكفالة، وقد ذكرناه مِن قبل[2].

---

(١) أي يطلب استنادَ شيءٍ آخر إليه. حاشية نسخة ٩٨١هـ.

(٢) في باب البيع الفاسد.

وكلُّ دَيْنٍ حالٍّ إذا أجَّله صاحبُه أجلاً معلوماً : صار مؤجَّلاً.

إلا القرضَ، فإن تأجيلَه لا يصحُّ.

قال: (وكلُّ دَيْنٍ حالٍّ إذا أجَّله صاحبُه أجلاً معلوماً[١]: صار مؤجَّلاً)؛ لِمَا ذكرنا.

(إلا القرضَ، فإن تأجيلَه لا يصحُّ)؛ لأنه إعارةٌ وصِلَةٌ في الابتداء، حتىٰ يصحُّ بلفظ: الإعارة، ولا يَملِكُه مَن لا يَملكُ التبرُّعَ، كالوصيِّ والصبيِّ، ومعاوضةٌ في الانتهاء.

فعلىٰ اعتبارِ الابتداء: لا يلزمُه التأجيلُ فيه، كما في الإعارة، إذ لا جَبْرَ في التبرع.

وعلىٰ اعتبار الانتهاء: لا يصحُّ؛ لأنه يصيرُ بيعُ[٢] الدراهم بالدراهم نسيئةً، وهو رباً.

وهذا بخلاف ما إذا أوصىٰ بأن يُقرَضَ من ماله ألفَ درهمٍ فلاناً إلىٰ سَنَةٍ، حيث يلزمُ الورثةَ من ثُلُثِه أن يُقرِضوه، ولا يُطالبوه قبلَ المدة؛ لأنه وصيةٌ بالتبرع، بمنزلة الوصيةِ بالخدمة والسكنىٰ، فيلزم حَقّاً للموصىٰ له[٣]، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

(١) قوله: أجلاً معلوماً: مثبتٌ في بداية المبتدي ص٤٣٩.

(٢) وفي نُسخ: بيعَ. بالنصب.

(٣) حيث لا يجوز للورثة مطالبة الموصىٰ له بالاسترداد قبل السنة حقاً له. البناية ٣٨٦/١٠، وفي نُسخ: حقاً للموصي.

باب الرِّبَا

الرِّبَا مُحرَّمٌ في كلِّ مكيلٍ أو موزونٍ بِيْعَ بجنسه متفاضلاً.

فالعِلَّةُ: الكيلُ مع الجنس، أو الوزنُ مع الجنس.

باب الرِّبَا

قال: (الرِّبَا مُحرَّمٌ في كلِّ مكيلٍ أو موزونٍ بِيْعَ بجنسه متفاضلاً.

فالعِلَّةُ: الكيلُ مع الجنس، أو الوزنُ مع الجنس).

قال رضي الله عنه: ويُقال: القَدْرُ مع الجنس، وهو أشملُ.

والأصلُ فيه: الحديثُ المشهورُ، وهو قولُه عليه الصلاة والسلام: «الحِنْطةُ بالحِنْطة، مِثْلاً[1] بمِثلٍ، يداً بيدٍ، والفضلُ رباً»[2].

وعَدَّ الأشياءَ الستةَ: الحنطةَ، والشعيرَ، والتمرَ، والملحَ، والذهبَ، والفضةَ، علىٰ هذا المثال.

ويُروىٰ بروايتَيْن: بالرفع، مِثْلٌ[3]، وبالنَّصْب: مِثْلاً.

ومعنىٰ الأول: بَيْعُ التمر، ومعنىٰ الثاني: بِيْعوا التمرَ.

---

(١) وفي نُسخ: مثلٌ. وسيأتي كلام المصنف قريباً وأنه روي بالضم والنصب.

(٢) صحيح مسلم (١٥٨٧)، وينظر الدراية ١٥٦/٢، التعريف والإخبار ٢٩٨/٢.

(٣) كما في مسند أحمد (١١٦٣٥)، مصنف ابن أبي شيبة (٢٢٤٨٩)، مصنف عبد الرزاق (١٤٨٩٣)، وأما رواية النصب فتقدم تخريجها من صحيح مسلم.

. . . .

والحكمُ معلولٌ[١] بإجماع القائسِيْن[٢]؛ لكنَّ العلةَ عندنا ما ذكرناه.

وعند الشافعي[٣] رحمه الله: الطُّعْمُ في المَطْعومات، والثَّمَنِيَّةُ في الأثمان، والجنسيةُ شَرْطٌ[٤]، والمساواةُ مَخْلَصٌ[٥].

والأصلُ: هو الحُرْمةُ عنده؛ لأنه[٦] نَصَّ علىٰ شرطَيْن: التقابضُ، والمماثلةُ.

وكلُّ ذلك يُشعِرُ بالعِزَّة والخَطَر، كاشتراط الشهادة في النكاح، فيُعلَّلُ بعلَّةٍ تُناسبُ إظهارَ الخَطَر والعِزَّة، وهو الطُّعْم: لبقاء الإنسان به، والثمنيةُ: لبقاء الأموال التي هي مَناطُ المصالِحِ بها.

ولا أثرَ للجنسية في ذلك، فجعلناه شرطاً، والحُكْمُ قد يدورُ مع الشرط.

---

(١) كما في مسند أحمد (١١٦٣٥)، مصنف ابن أبي شيبة (٢٢٤٨٩)، مصنف عبد الرزاق (١٤٨٩٣)، وأما رواية النصب فتقدم تخريجها من صحيح مسلم

(٢) وهم الأئمة الأربعة وأصحابُهم رحمهم الله تعالىٰ، واحترز به عن أهل الظاهر، فإنهم ينفون القياس، ويقولون: لا يكون الربا إلا في الأشياء الستة المذكورة. البناية ١٠/٣٩١.

(٣) أسنىٰ المطالب ٢/٢٢.

(٤) أي شَرْطٌ تعملُ العلَّةُ عَمَلَها، حتىٰ لا تعملُ العلةُ المذكورةُ عنده إلا عند وجود الجنسية، وحينئذٍ لا يكون لها أثرٌ في تحريم النَّساء، فلو أسلم هَرَوِياً في هَرَوِيٍّ: جاز عنده، وعندنا لا يجوز. البناية ١٠/٣٩٦.

(٥) أي يُتخَلَّص بالمساواة وعدم التفاضل عن الحُرمة.

(٦) أي الشارع.

إذا بِيْعَ المكيلُ أو الموزونُ بجنسه، مِثلاً بمِثل: جاز البيعُ.

ولنا: أنه أوجب المماثلةَ شرطاً في البيع، وهو المقصودُ بسَوْقِه؛ تحقيقاً لمعنىٰ البيع، إذْ هو يُنبِيءُ عن التقابل، وذلك بالتماثل، أو صيانةً لأموال الناسِ عن التَّوَىٰ، أو تتميماً للفائدة باتصال التسليم به، ثم يلزمُ عند فَوْتِه: حُرمةُ الربا.

والمماثلةُ بين الشيئين: باعتبار الصورةِ والمعنىٰ، والمعيارُ: يُسوِّي الذاتَ، والجنسيةُ: تُسَوِّي المعنىٰ، فيَظهرُ الفضلُ علىٰ ذلك، فيتحقَّقُ الربا، لأن الربا هو الفضلُ المستَحَقُّ لأحد المتعاقدين في المعاوضة، الخالي عن عوضٍ شُرِطَ فيه[1].

ولا يُعتبرُ الوصفُ؛ لأنه لا يُعَدُّ تفاوتاً عُرفاً.

أو لأنَّ في اعتباره سدَّ باب البياعات.

أو لقوله عليه الصلاة والسلام: «جيِّدُها، ورديئُها: سواءٌ»[2].

والطُّعْمُ والثمنيةُ من أعظم وجوه المنافع، والسبيلُ في مثلِها: الإطلاقُ بأبلغ الوجوه؛ لشدة الاحتياجِ إليها، دونَ التضييقِ فيه، فلا معتبرَ بما ذَكَرَه[3].

إذا ثبت هذا نقولُ: (إذا بِيْعَ المكيلُ أو الموزونُ بجنسه، مِثلاً بمِثل: جاز البيعُ)؛ لوجود شَرْطِ الجواز، وهو المماثلةُ في المعيار.

---

(١) أي في العقد.

(٢) قال في الدراية ٢/١٥٦: لم أجده، ومعناه يؤخذ من حديث مسلم (١٥٨٤).

(٣) أي الإمام الشافعي رحمه الله.

وإن تفاضلا: لم يَجُزْ.

ولا يجوزُ بيعُ الجيِّدِ بالرديءِ مما فيه الربا إلا مِثْلاً بمِثْلٍ.

ويجوزُ بيعُ الحَفْنةِ بالحَفْنَتَيْن، والتفَّاحةِ بالتفَّاحتَيْن.

ألا ترىٰ إلىٰ ما يُروىٰ مكانَ قولِه: مِثلاً بمثلٍ: كيلاً بكيلٍ.

وفي الذهب بالذهب: وزناً بوزنٍ.

(وإن تفاضلا: لم يَجُزْ)؛ لتحقُّقِ الربا.

قال: (ولا يجوزُ بيعُ الجيِّدِ بالرديءِ مما فيه الربا إلا مِثْلاً بمِثْلٍ)؛ لإهدار التفاوُتِ في الوصف.

قال: (ويجوزُ بيعُ الحَفْنةِ بالحَفْنَتَيْن، والتفَّاحةِ بالتفَّاحتَيْن)؛ لأن المساواةَ بالمعيار، ولم يوجد، فلم يتحقَّقِ الفضلُ، ولهذا كان مضموناً بالقيمة عند الإتلاف.

وعند الشافعي رحمه الله: العلَّةُ هي الطُّعْمُ، ولا مَخْلَصَ، وهو المساواة، فيَحرُمُ.

وما دون نصفِ صاعٍ: فهو في حُكْمِ الحَفْنة؛ لأنه لا تقديرَ في الشرع بما دونه.

ولو تبايعا مكيلاً أو موزوناً غيرَ مطعومٍ بجنسِه، متفاضلاً، كالجَصِّ والحديد: لا يجوز عندنا؛ لوجود القَدْرِ والجنس.

وعنده: يجوز؛ لعدم الطُّعْمِ، والثمنيةِ.

وإذا عُدِمَ الوصفان: الجنسُ والمعنىٰ المضمومُ إليه: حَلَّ التفاضلُ والنَّسَاءُ، وإذا وُجِدا: حَرُمَ التفاضلُ والنَّسَاءُ.

وإذا وُجِدَ أحدُهما، وعُدِمَ الآخَرُ: حَلَّ التفاضلُ، وحَرُمَ النَّساءُ.

قال: (وإذا عُدِمَ الوصفان: الجنسُ والمعنىٰ المضمومُ إليه: حَلَّ التفاضلُ والنَّسَاءُ)؛ لعدم العلةِ المُحَرِّمة، والأصلُ فيه: الإباحةُ.

(وإذا وُجِدا: حَرُمَ التفاضلُ والنَّسَاءُ)؛ لوجود العلة المحرِّمة.

(وإذا وُجِدَ أحدُهما، وعُدِمَ الآخَرُ: حَلَّ التفاضلُ، وحَرُمَ النَّساءُ)، مثلُ أن يُسلِمَ هَرَوِيّاً في هَرَوِيٍّ، أو حنطةً في شعيرٍ، فحُرْمةُ ربا الفضلِ بالوصفَيْن، وحُرمةُ ربا النَّساءِ بأحدهما.

وقال الشافعي[1] رحمه الله: الجنسُ بانفرادِه لا يُحرِّمُ النَّساءَ؛ لأن بالنقدية وعدمِها: لا يثبتُ إلا شُبهةُ الفضل، وحقيقةُ الفضل غيرُ مانعٍ فيه، حتىٰ يجوزُ بيعُ الواحدِ بالاثنين، فالشبهةُ أَوْلىٰ.

ولنا: أنه مالُ الربا من وجهٍ؛ نظراً إلىٰ القَدْر أو الجنس، والنقديةُ أوجبت فضلاً في المالية، فتتحقَّقُ شبهةُ الربا، وهي مانعةٌ كالحقيقة.

إلا أنه إذا أسلم النقودَ في الزعفران ونحوِه: يجوزُ وإن جَمَعَهُما الوزنُ؛ لأنهما لا يتفقان في صفة الوزن، فإن الزعفرانَ يوزَنُ بالأَمْناء[2]،

---

(١) أسنىٰ المطالب ٢/٢٢.

(٢) جَمْع: مَنَىٰ: وهو ما يوزَن به. البناية ١٠/٤٠٧.

وكلُّ شيءٍ نصَّ رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلَّم علىٰ تحريمِ التفاضل فيه كَيْلاً: فهو مَكِيْلٌ أبداً وإن تَرَكَ الناسُ الكَيْلَ فيه، مثلُ الحنطةِ والشعيرِ والتمرِ والملحِ.

وكلُّ ما نَصَّ علىٰ تحريمِ التفاضل فيه وزناً: فهو موزونٌ أبداً، مثلُ الذهبِ والفضة.

وهو[١] مُثْمَنٌ يتعيَّنُ بالتعيين، والنقودُ توزَنُ بالصَّنَجَاتِ[٢]، وهي[٣] ثمنٌ لا يتعيَّنُ بالتعيين.

ولو باع بالنقود موازنةً، وقَبَضَها: صحَّ التصرُّفُ فيها قبلَ الوزن، وفي الزعفران وأشباهه: لا يجوز.

فإذا اختلفا فيه صورةً ومعنىً وحُكْماً: لم يجمَعْهما القَدْرُ من كلِّ وجهٍ، فتنزلُ الشبهةُ فيه إلىٰ شُبهةِ الشُّبْهة، وهي غيرُ معتبرةٍ.

قال: (وكلُّ شيءٍ نصَّ رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلَّم علىٰ تحريمِ التفاضل فيه كَيْلاً: فهو مكِيْلٌ أبداً وإن تَرَكَ الناسُ الكَيْلَ فيه، مثلُ الحنطةِ والشعيرِ والتمرِ والملحِ.

وكلُّ ما نَصَّ علىٰ تحريمِ التفاضل فيه وزناً: فهو موزونٌ أبداً، مثلُ الذهبِ والفضة)؛ لأن النصَّ أقوىٰ من العُرْفِ، والأقوىٰ لا يُتركُ بالأدنىٰ.

---

(١) أي الزعفران.

(٢) وفي نُسخ: بالسَّنَجَات. بالسين، وكلاهما صحيح.

(٣) أي النقود. وفي نُسخ: وهو.

وما لم يَنُصَّ عليه : فهو محمولٌ علىٰ عادات الناس فيه .

وكلُّ ما يُنسَبُ إلىٰ الرِّطْل : فهو وَزْنيٌّ .

وعقدُ الصَّرْف : ما وَقَعَ علىٰ جنسِ الأثمان، يُعتبرُ فيه قَبْضُ عِوَضَيْه في المجلس .

(وما لم يَنُصَّ عليه: فهو محمولٌ علىٰ عادات الناس فيه)؛ لأنها دلالةٌ.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يُعتبرُ العُرْفُ علىٰ خلافِ المنصوصِ عليه أيضاً؛ لأن النصَّ علىٰ ذلك: لمكان العادة، فكانت هي المنظورَ إليها، وقد تبدَّلت.

فعلىٰ هذا: لو باع الحنطةَ بجنسها متساوياً وزناً، أو الذهبَ بجنسه متماثلاً كيلاً: لا يجوز ذلك عندهما وإن تعارفوا ذلك؛ لتوهُّم الفضل علىٰ ما هو المعيارُ فيه، كما إذا باع مجازفةً، إلا أنه يجوزُ الإسلامُ في الحنطة ونحوها وزناً؛ لوجود الإسلام في معلومٍ.

قال: (وكلُّ ما يُنسَبُ إلىٰ الرِّطْل: فهو وَزْنيٌّ).

معناه: ما يُباعُ بالأواقي؛ لأنها قُدِّرتْ بطريق الوزن، حتىٰ يُحتسَبُ ما يُباعُ بها وزناً، بخلاف سائر المكاييل.

وإذا كان موزوناً فلو بِيْعَ بمكيالٍ لا يُعرَفُ وزنُه بمكيالٍ مثلِه: لا يجوز؛ لتوهُّم الفضل في الوزن، بمنزلة المجازفة.

قال: (وعقدُ الصَّرْف: ما وَقَعَ علىٰ جنسِ الأثمان، يُعتبرُ فيه قَبْضُ عِوَضَيْه في المجلس).

وما سواه مما فيه الربا : يُعتبرُ فيه التعيينُ، ولا يُعتبرُ فيه التقابضُ.

لقوله عليه الصلاة والسلام: «والفضةُ بالفضة، هاءً وهاءً»[١]، معناه: يداً بيدٍ، وسنُبيِّنُ الفقهَ في الصرف[٢] إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (وما سواه مما فيه الربا: يُعتبرُ فيه التعيينُ، ولا يُعتبرُ فيه التقابضُ).

خلافاً للشافعي[٣] رحمه الله في بيع الطعام بالطعام.

له: قولُه عليه الصلاة والسلام في الحديث المعروف: «يداً بيدٍ»[٤].

ولأنه إذا لم يُقبَضْ في المجلس: يَتعاقَبُ القبضُ، وللنقد مزيةٌ، فتثبتُ[٥] شبهةُ الربا.

ولنا: أنه مَبيعٌ متعيِّنٌ، فلا يُشترَطُ فيه القبضُ، كالثوب، وهذا لأن الفائدةَ المطلوبةَ إنما هي التمكُّنُ من التصرف، ويترتَّبُ ذلك علىٰ التعيين، بخلاف الصرف؛ لأن القبضَ فيه ليتعيَّنَ به.

---

(١) قال في نصب الراية ٣٧/٤: أخرجه الأئمة الستة في كتبهم، وذكر لفظاً آخر غير لفظ المؤلف، وهو: الذهب بالورق إلا هاءً هاءً، واستدرك عليه العلامة قاسم في منية الألمعي ص٣٩٩ بقوله: قلت: ليس هذا من حديث الكتاب، وحديث الكتاب رواه محمد في الأصل ٥٩٠/٢ من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

(٢) أي في كتاب الصرف.

(٣) البيان للعمراني ١٥٥/٥.

(٤) صحيح مسلم (١٥٨٤).

(٥) وفي نُسخ: فتتحقق.

ويجوزُ بيعُ البَيْضةِ بالبَيْضَتَيْن، والتمرةِ بالتمرَتَيْن، والجَوْزةِ بالجوزَتَيْن.

ويجوزُ بيعُ الفَلْسِ بالفَلْسَيْن بأعيانهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمدٌ رحمه الله: لا يجوز.

ومعنىٰ قوله عليه الصلاة والسلام: «يداً بيد»: عيناً بعَيْنٍ.

وكذا رواه عبادةُ بن الصامت رضي الله عنه[1].

وتعاقُبُ القبض: لا يُعتبرُ تفاوُتاً في المال عُرْفاً، بخلاف النقد والمؤجَّل.

قال: (ويجوزُ بيعُ البَيْضةِ بالبَيْضَتَيْن، والتمرةِ بالتمرَتَيْن، والجَوْزةِ بالجوزَتَيْن)؛ لانعدام المعيار، فلا يتحقَّق الربا.

والشافعيُّ[2] رحمه الله يخالفُنا فيه؛ لوجود الطُّعْم، علىٰ ما مَرَّ.

قال: (ويجوزُ بيعُ الفَلْسِ بالفَلْسَيْن بأعيانهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: لا يجوز)؛ لأن الثمنيةَ ثَبَتَتْ باصطلاح الكلِّ، فلا تَبطُلُ باصطلاحهما، وإذا بقيتْ أثماناً: لا تتعيَّنُ، فصار كما إذا كانا بغير أعيانهما، وكبيع الدرهم بالدرهمين.

ولهما: أن الثمنيةَ في حَقِّهما تثبتُ باصطلاحهما، إذْ لا ولايةَ للغير عليهما، فتبطلُ باصطلاحهما، وإذا بَطَلَتِ الثمنيةُ: تتعيَّنُ بالتعيين، ولا يعودُ وزنياً؛ لبقاء الاصطلاحِ علىٰ العَدِّ، إذْ في نَقْضِه في حَقِّ العَدِّ فسادُ

---

(١) أي عيناً بعين. صحيح مسلم (١٥٨٧).

(٢) كما هو معلومٌ في مذهبه في تطبيق علة الربا.

ولا يجوزُ بيعُ الحنطةِ بالدقيق، ولا بالسَّوِيق.

ويجوزُ بيعُ الدقيق بالدقيق متساوياً كَيْلاً.

العقد، فصار كالجوزةِ بالجوزَتَيْن، بخلاف النقود: لأنها للثمنية خِلْقةً.

وبخلاف ما إذا كانا بغير أعيانهما: لأنه بيعُ الكالئ بالكالئ، وقد نهىٰ صلىٰ الله عليه وسلم عنه[١].

وبخلاف ما إذا كان أحدُهما بغير عينه: لأن الجنسَ بانفراده يُحَرِّمُ النَّسَاءَ.

قال: (ولا يجوزُ بيعُ الحنطةِ بالدقيق، ولا بالسَّوِيق)؛ لأن المجانسةَ باقيةٌ من وجهٍ؛ لأنهما من أجزاءِ الحنطة، والمعيارُ فيهما: الكيلُ، لكنَّ الكيلَ غيرُ مُسَوٍّ بينهما[٢] وبين الحنطة؛ لاكتنازهما فيه[٣]، وتَخَلْخُلِ حباتِ الحنطة، فلا يجوزُ وإن كان كيلاً بكيلٍ.

قال: (ويجوزُ بيعُ الدقيق بالدقيق متساوياً كَيْلاً)؛ لتحقُّق الشرط.

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢٣٤٢)، وصححه، ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، بناء علىٰ أن الراوي هو موسىٰ بن عقبة، وتعقَّبه البيهقي ٥/٢٩٠ (١٠٥٣٦) بأنه موسىٰ بن عبيدة، وليس ابن عقبة، وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٢٢٥٦٦)، والطحاوي في شرح المعاني (٥٥٥٤) كلهم من طريق موسىٰ بن عبيدة.

«ولكن مع هذا، فهذه المناهي وإن كانت بإسنادٍ غير قوي، فهي داخلة في بيع الغرر الذي نهىٰ عنه الحديث الثابت»، كما قال البيهقي في السنن ٥/٣٣٨، والنهي عن بيع الكالئ بالكالئ تلقَّتْه الأمة بالقبول، وعليه الإجماع، كما نقله ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/٢٦ عن الإمام أحمد، وينظر المغني لابن قدامة ٤/٥٣.

(٢) أي الدقيق والسويق.

(٣) أي لاجتماع الدقيق والسويق في الكيل.

ويجوزُ بيعُ اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمد رحمه الله: إذا باعه بلحمٍ من جنسه: لا يجوزُ، إلا إذا كان اللحمُ المفرَزُ أكثرَ.

وبيعُ الدقيق بالسَّوِيقِ لا يجوزُ عند أبي حنيفة رحمه الله متفاضلاً، ولا متساوياً؛ لأنه لا يجوزُ بيعُ الدقيق بالمَقْليَّة، ولا بيعُ السَّوِيق بالحنطة، فكذا بيعُ أجزائهما؛ لقيام المجانسةِ من وجهٍ.

وعندهما: يجوزُ؛ لأنهما جنسان مختلفان؛ لاختلاف المقصود.

قلنا: مُعظمُ المقصود، وهو التغذِّي يشملُهما، فلا يُبالَىٰ بفوات البعض، كالمَقْليَّة مع غير المَقْلِيَّة، والعَلِكَةِ[1] بالمُسَوَّسَة.

قال: (ويجوزُ بيعُ اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمد رحمه الله: إذا باعه بلحمٍ من جنسه: لا يجوزُ، إلا إذا كان اللحمُ المُفرَزُ أكثرَ)؛ ليكون اللحمُ بمقابلة ما فيه من اللحم، والباقي بمقابلة السَّقَط، إذْ لو لم يكن كذلك: يتحقَّقُ الربا؛ من حيث زيادةُ السَّقَط، أو من حيث زيادةُ اللحم، فصار كالحَلِّ[2] بالسِّمْسِم.

ولهما: أنه باع الموزونَ بما ليس بموزونٍ؛ لأن الحيوانَ لا يوزَنُ عادةً،

---

(١) أي الجيدة. البناية ١٠/٤٢٣.

(٢) بفتح الحاء المهملة، وهو دُهْن السِّمسم، وفي نُسخ: كالشيرج بالسمسم.

ويجوزُ بيعُ الرُّطَبِ بالتمر مِثلاً بمِثلٍ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: لا يجوز.

ولا يُمكنُ معرفةُ ثِقَلِه بالوزن؛ لأنه يُخففُ نفسَه مرةً[1]، ويُثقِّلُ أخرىٰ[2].

بخلاف تلك المسألة؛ لأن الوزنَ في الحال يُعرِّفُ قَدْرَ الدُّهنِ إذا مُيِّزَ بينه وبين الثَّجيْر[3]، ويُوزَنُ الثَّجير.

قال: (ويجوزُ بيعُ الرُّطَبِ بالتمر مِثلاً بمِثلٍ عند أبي حنيفة رحمه الله)، علىٰ ما قالوا.

(وقالا: لا يجوز)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام حين سُئِلَ عنه: «أوَ يَنْقُصُ إذا جَفَّ؟»، فقيل: نعم، فقال عليه الصلاة والسلام: «لا، إذاً»[4].

وله: أنَّ الرُّطَبَ تمرٌ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام حين أُهدِيَ إليه رُطَبٌ[5]: «أوَ كلُّ تمرِ خَيْبرَ هكذا؟»[6].

سمَّاه: تمراً، وبيعُ التمر بمثله: جائزٌ؛ لِمَا روينا.

ولأنه لو كان تمراً: جاز البيعُ بأول الحديث، وإن كان غيرَ تمرٍ:

---

(١) وجاء هنا في طبعات الهداية القديمة زيادة لفظ: بصلابته.

(٢) لاسترخاء مفاصله.

(٣) هو ثُفْلُ كلِّ ما يُعصَر.

(٤) سنن الترمذي (١٢٢٥)، وقال: حسن صحيح، سنن أبي داود (٣٣٥٩).

(٥) وفي نُسخ: رطباً. وكَتَبَ العلامة سعدي في حاشيته علىٰ الهداية: تمييز.

(٦) صحيح البخاري (٢٣٠٢)، صحيح مسلم (١٥٩٣).

وكذلك العِنَبُ بالزَّبِيب.

فبآخِره، وهو قولُه عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف النوعان: فبيعوا كيف شئتم»[١].

ومدارُ ما رَوَيَاه: علىٰ زيدِ بن عَيَّاشٍ، وهو ضعيفٌ عند النَّقَلة[٢].

قال: (وكذلك العِنَبُ بالزَّبِيب)، يعني علىٰ هذا الخلاف[٣]، والوجهُ ما بيَّنَّاه.

وقيل: لا يجوزُ، بالاتفاق؛ اعتباراً بالحنطة المَقليَّة بغير المقلية.

والرُّطَبُ بالرُّطَب: يجوزُ متماثلاً كيلاً، عندنا؛ لأنه بيعُ التمر بالتمر.

وكذا بيعُ الحنطةِ الرَّطْبة أو المَبْلولةِ بمِثْلِها أو باليابسة، أو التمرِ أو الزبيبِ المُنْقَعِ[٤] بالمُنْقَع، أو بغير المُنْقَع منهما متماثلاً[٥] عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

---

(١) صحيح مسلم (١٥٨٧).

(٢) قال ابن حجر في تقريب التهذيب (٢١٥٣): صدوق، وقال الذهبي في الميزان ٣٠٢٣/٢: صالح الأمر، وقال ابن حزم في المحلىٰ ٤٦٦/٨: مجهولٌ.

(٣) فيجوز عند الإمام، ولا يجوز عندهما رحمهم الله جميعاً.

(٤) هكذا ضَبَطَه العيني في البناية ٤٣٣/١٠ بضمِّ الميم، وسكون النون، وفتح القاف، ونَقَلَ عن الأترازي قال: كذا قالوا بفتح القاف مخفَّفاً، ولكن المشهور بين الفقهاء: بتشديد القاف: مُنَقَّع. اهـ، قلت: وكذلك هو في نُسخ خطية كثيرة بالتشديد.

(٥) لفظ: متماثلاً: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

. . . .

وقال محمدٌ رحمه الله: لا يجوزُ جميعُ ذلك؛ لأنه يَعتبرُ المساواةَ في أعدل الأحوال، وهو المآلُ.

وأبو حنيفة رحمه الله يَعتبرُه(١) في الحال، وكذا أبو يوسف رحمه الله؛ عملاً بإطلاق الحديث(٢)، إلا أنه تَرَكَ هذا الأصلَ في بيع الرُّطَب بالتمر؛ لِمَا رويناه لهما.

ووَجْهُ الفرقِ لمحمدٍ رحمه الله بين هذه الفصول، وبين الرُّطَب بالرُّطَب: أنَّ التفاوتَ فيها(٣) يَظهَرُ مع بقاء البدلَيْن علىٰ الاسم الذي عُقِدَ عليه العقدُ.

وفي الرُّطَب بالتمر، مع بقاء أحدِهما علىٰ ذلك، فيكون تفاوتاً في عينِ المعقود عليه.

وفي الرُّطَب بالرُّطَب: التفاوتُ بعدَ زوالِ ذلك الاسم، فلم يكن تفاوتاً في المعقودِ عليه، فلا يُعتبر.

ولو باع البُسْرَ بالتمر متفاضلاً: لا يجوزُ؛ لأن البُسْرَ تمرٌ، بخلاف الكُفَرَّىٰ(٤)، حيث يجوزُ بيعُه بما شاء من التمر، اثنان بواحدٍ؛ لأنه ليس بتمر، فإن هذا الاسمَ له من أولِ ما تَنعقدُ صورتُه، لا قبلَه.

---

(١) أي يعتبر أعدل الأحوال.

(٢) أي: التمر بالتمر مثلاً بمثل.

(٣) أي في هذه الفصول، وفي نُسخ: فيما.

(٤) اسمٌ لوعاء الطَّلع. البناية ١٠/٤٣٥.

ولا يجوزُ بيعُ الزيتونِ بالزيت، والسِّمْسِمِ بالشَّيْرَج حتىٰ يكونَ الزيتُ والشَّيْرَجُ أكثرَ مما في الزيتون والسِّمْسِمِ، فيكونُ الدُّهْنُ بمِثله، والزيادةُ بالثَّجِيْر.

والكُفُرَّىٰ: عدديٌّ متفاوتٌ، حتىٰ لو باع التمرَ به نسيئةً: لا يجوزُ؛ للجهالة.

قال: (ولا يجوزُ بيعُ الزيتونِ بالزيت، والسِّمْسِمِ بالشَّيْرَج حتىٰ يكونَ الزيتُ[1] والشَّيْرَجُ أكثرَ مما في الزيتون والسِّمْسِمِ، فيكونُ الدُّهْنُ بمِثله، والزيادةُ بالثَّجِيْر).

لأنه عند ذلك يَعرَىٰ عن الربا، إذْ ما فيه من الدُّهْن موزونٌ، وهذا لأنَّ ما فيه من الدهن: لو كان أكثرَ أو مساوياً له، فالثَّجِيرُ وبعضُ الدهن، أو الثَّجِيرُ وحدَه فَضْلٌ.

ولو لم يُعلَم مقدارُ ما فيه: لا يجوزُ؛ لاحتمال الربا، والشبهةُ فيه كالحقيقة.

والجَوْزُ بدُهْنِه، واللَّبَنُ بسَمْنه، والعِنَبُ بعصيره، والتمرُ بدِبْسه: علىٰ هذا الاعتبار.

واختلفوا في القُطْن بغَزْله.

والكِرباسُ بالقطن: يجوزُ كيفما كان، بالإجماع.

---

(١) وفي نُسخ: الدهن.

ويجوزُ بيعُ اللُّحْمَان المختلفةِ بعضِها ببعضٍ متفاضلاً

وكذلك ألبانُ الإبلِ والبقرِ والغنمِ.

وكذا خَلُّ الدَّقَل بخَلِّ العنب.

قال: (ويجوزُ بيعُ اللُّحْمَان المختلفةِ بعضِها ببعضٍ متفاضلاً)، ومرادُه: لحمُ الإبلِ والبقرِ والغَنَمِ.

فأما البقرُ والجواميسُ: جنسٌ واحدٌ.

وكذا المَعزُ مع الضأن.

وكذا العِرَابُ مع البَخَاتي.

قال: (وكذلك ألبانُ الإبلِ والبقرِ والغنمِ).

وعن الشافعي[1] رحمه الله: لا يجوزُ؛ لأنها جنسٌ واحدٌ؛ لاتحاد المقصود.

ولنا: أن الأصولَ مختلفةٌ، حتىٰ لا يُكَمَّلُ نصابُ أحدِهما بالآخَر في الزكاة، فكذا أجزاؤها إذا لم تتبدَّل بالصَّنْعة.

قال: (وكذا خَلُّ الدَّقَل[2] بخَلِّ العنب)؛ للاختلاف بين أصليهما، فكذا بين ماءَيْهما، ولهذا كان عصيراهما جنسين.

وشعرُ المَعْزِ، وصوفُ الغنم: جنسان؛ لاختلاف المقاصد.

---

(١) المهذب ٣٨/٢.

(٢) الدَّقَلُ: أردأُ التمر.

وكذا شحمُ البَطْن بالأَلْيَة، أو باللحم.

ويجوزُ بيعُ الخُبْزِ بالحنطة، والدقيقِ متفاضلاً.

قال: (وكذا شحمُ البَطْن بالأَلْيَة، أو باللحم)؛ لأنها أجناسٌ مختلفةٌ؛ لاختلاف الصُّوَرِ والمعاني والمنافعِ اختلافاً فاحشاً.

قال: (ويجوزُ بيعُ الخُبْزِ بالحنطة، والدقيقِ متفاضلاً)؛ لأن الخُبْزَ صار عددياً أو موزوناً، فخرج من أن يكون مكيلاً من كلِّ وجهٍ، والحنطةُ مكيلةٌ.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا خيرَ فيه[1].

والفتوىٰ علىٰ الأول.

وهذا إذا كانا نقدين؛ فإن كانت الحنطةُ نسيئةً: جاز أيضاً.

وإن كان الخُبْزُ نسيئةً: يجوز عند أبي يوسف رحمه الله، وعليه الفتوىٰ.

وكذا السَّلَمُ في الخبز: جائزٌ، في الصحيح.

ولا خير[2] في استقراضه عدداً أو وزناً عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه يتفاوَتُ بالخَبْزِ والخَبَّازِ والتنُّور، والتقدُّمِ والتأخر[3].

وعند محمدٍ رحمه الله: يجوزُ بهما؛ للتعامل.

---

(١) أي لا يجوز، وهو نفي الجواز علىٰ وجه المبالغة. البناية ١٠/٤٤٣.

(٢) أي لا يجوز. البناية ١٠/٤٤٤.

(٣) أي في أول التنُّور وفي آخره؛ لاختلاف قوة النار. البناية ١٠/٤٤٤.

ولا ربا بين المولىٰ وعبدِهِ.

ولا بين المسلم والحربيِّ في دار الحرب.

وعند أبي يوسف رحمه الله: يجوزُ وزناً، ولا يجوز عدداً؛ للتفاوت في آحاده.

قال: (ولا ربا بين المولىٰ وعبدِهِ)؛ لأن العبدَ وما في يده ملكٌ لمولاه، فلا يتحقَّق الربا.

وهذا إذا كان مأذوناً له، ولم يكن عليه دَيْنٌ، فإن كان عليه دينٌ: لا يجوزُ؛ لأن ما في يدِهِ ليس بملك المولىٰ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: تعلَّقَ به حَقُّ الغرماء، فصار كالأجنبي، فيتحقَّقُ الربا، كما يتحقَّقُ بينه وبين مكاتَبِه.

قال: (ولا بين المسلمِ والحربيِّ في دار الحرب).

خلافاً لأبي يوسف والشافعي[1] رحمهما الله.

لهما: الاعتبار بالمستأمِنِ منهم في دارنا.

ولنا: قولُه عليه الصلاة والسلام: «لا رباً بين المسلم والحربي في دار الحرب»[2].

---

(١) الأم ٣٧٩/٧.

(٢) قال في الدراية ١٥٨/٢: لم أجده، لكن ذكره الشافعي، ومن طريقه البيهقي في معرفة السنن والآثار (١٨١٦٩) قال: قال أبو يوسف: إن بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم قال: «لا رباً بين أهل الحرب»، أظنه قال: «وأهل الإسلام».

. . . .

ولأن مالَهم مباحٌ في دارهم، فبأيِّ طريقٍ أَخَذَه المسلمُ: أَخَذَ مالاً مباحاً، إذا لم يكن فيه غَدْرٌ.

بخلافِ المستأمِنِ منهم؛ لأن مالَه صار محظوراً بعقد[1] الأمان، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) وفي نُسخ: بحُكم.

باب الحقوق

ومَن اشترىٰ منزلاً فوقَه منزلٌ : فليس له الأعلىٰ إلا أن يشتريَه بكلِّ حَقٍّ هو له، أو بمَرافِقه، أو بكلِّ قليلٍ وكثيرٍ هو له فيه، أو منه.

ومَن اشترىٰ بيتاً فوقَه بيتٌ بكلِّ حَقٍّ : لم يكن له الأعلىٰ.

ومَن اشترىٰ داراً بحدودِها : فله العُلْوُ، والكَنِيْفُ.

فإن اشتراها بمَرافقها، أو بكلِّ قليلٍ وكثيرٍ : دَخَلَتِ الظُّلَّةُ أيضاً.

باب الحقوق

قال: (ومَن اشترىٰ منزلاً فوقَه منزلٌ: فليس له الأعلىٰ إلا أن يشتريَه بكلِّ حَقٍّ هو له، أو بمَرافِقه، أو بكلِّ قليلٍ وكثيرٍ هو له فيه، أو منه.

ومَن اشترىٰ بيتاً فوقَه بيتٌ بكلِّ حَقٍّ: لم يكن له الأعلىٰ.

ومَن اشترىٰ داراً بحدودِها: فله العُلْوُ، والكَنِيْفُ[1].

فإن[2] اشتراها بمَرافقها، أو بكلِّ قليلٍ وكثيرٍ: دَخَلَتِ الظُّلَّةُ أيضاً).

---

(١) وهو المستراح، أي المرحاض، مكان قضاء حاجة الإنسان.

(٢) هذه المسألة مثبتةٌ في نسخة السليمانية برقم ٦٤٤، ونسخة ١٠٣٨هـ النسخة النفيسة، وبداية المبتدي ص٤٤٣.

. . . .

جَمَعَ[١] بين المنزل، والبيتِ، والدار:

فاسم: الدار: ينتظمُ العِلْوَ؛ لأنه اسمٌ لِمَا أُدِيرَ عليه الحدودُ، والعِلْوُ من توابع الأصل وأجزائه، فيدخلُ فيه.

والبيتُ: اسمٌ لِمَا يُبَاتُ فيه، والعِلْوُ مثلُه، والشيءُ لا يكونُ تَبَعاً لمثله، فلا يدخلُ فيه[٢] إلا بالتنصيص عليه.

والمنزلُ: بين الدار والبيت؛ لأنه تتأتَّىٰ فيه مرافِقُ السكنىٰ، مع ضَرْبِ قُصورٍ[٣]، إذْ لا يكونُ فيه منزلُ الدوابِّ، فلشَبَهِه بالدار: يدخلُ العُلْوُ فيه تَبَعاً عند ذكر التوابع، ولشَبَهِه بالبيت: لا يدخلُ فيه بدونه[٤].

وقيل: في عُرْفِنا يدخلُ العِلوُ في جميع ذلك[٥]؛ لأن كلَّ مَسْكَنٍ[٦] يُسمىٰ بالفارسية: خانة، ولا يخلو عن عُلْوٍ.

وكما يدخلُ العُلْوُ في اسم الدار: يدخلُ الكَنِيفُ؛ لأنه من توابعه.

---

(١) أي الإمام محمد رحمه الله في الجامع الصغير. البناية ١٠/٤٤٩.

(٢) أي في بيعه.

(٣) أي فيه نوعُ قُصورٍ.

(٤) أي بدون ذِكره.

(٥) أي في البيت والمنزل والدار.

(٦) وفي نُسخ: بيت، وفي أخرىٰ: منزل.

ومَن اشترىٰ بيتاً في دارٍ، أو منزلاً، أو مَسكَناً : لم يكن له الطريقُ، إلا أن يَشتريَه بكلِّ حَقٍّ هو له، أو بمَرافِقِه، أو بكلِّ قليلٍ وكثيرٍ.

وكذا الشِّرْبُ، والمَسِيْلُ.

ولا تدخلُ الظُّلَّةُ[1] إلا بذِكر ما ذَكَرْنا[2] عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه مبنيٌّ علىٰ هواء الطريق، فأَخَذَ حُكْمَه[3].

وعندهما: إن كان مَفْتَحُه في الدار: يَدخلُ من غير ذِكْرِ شيءٍ مما ذكرنا؛ لأنه من توابعه، فشابَه الكَنِيْفَ.

قال: (ومَن اشترىٰ بيتاً في دارٍ، أو منزلاً، أو مَسْكَناً: لم يكن له الطريقُ[4]، إلا أن يَشتريَه بكلِّ حَقٍّ هو له، أو بمَرافِقِه، أو بكلِّ قليلٍ وكثيرٍ. وكذا الشِّرْبُ، والمَسِيْلُ)؛ لأنه[5] خارجُ الحدود، إلا أنه من التوابع، فيدخلُ بذِكْر التوابع.

---

(١) هي الساباط الذي يكون أحد طرفيه علىٰ الدار المبيعة، والطرف الآخر علىٰ دار أخرىٰ، أو علىٰ الأسطوانات في السكة، ومَفتَحه في الدار، وقال في المُغرِب: هي السُّدَّة التي تكون فوق الباب. البناية ١٠/٤٥١.

(٢) وهو قوله: بكلِّ حقٍّ له، أو بمَرافقه، أو بكلِّ قليلٍ وكثيرٍ هو فيه، أو منه.

(٣) أي حكم الطريق.

(٤) أي الطريق الخاص في ملك إنسانٍ، فأما طريقها إلىٰ سِكَّة غير نافذة، وإلىٰ طريق عام: فيدخل. البناية ١٠/٤٥١، نقلاً عن الكاكي.

(٥) أي لأن كلَّ واحدٍ من الطريق والشِّرب والمسيل خارجُ حدودِ المبيع.

. . . .

بخلاف الإجارة، لأنها تُعقَدُ للانتفاع، ولا يتحقَّقُ إلا به[١]، إذِ المستأجِرُ لا يشتري الطريقَ عادةً، ولا يستأجِرُه، فيدخلُ؛ تحصيلاً للفائدة المطلوبةِ منه.

أما الانتفاعُ بالمبيع: ممكنٌ بدونه؛ لأن المشتري عادةً يشتريه، وقد يتَّجرُ فيه، فيبيعُه من غيره، فحصلتِ الفائدةُ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي لا يتحقَّق الانتفاعُ إلا بالطريق.

باب الاستحقاق

ومَن اشترىٰ جاريةً، فولَدَتْ عنده، فاستَحَقَّها رجلٌ ببيِّنةٍ: فإنه يأخذُها وولدَها، وإن أقرَّ بها لرجلٍ: لم يَتَّبِعْها ولدُها.

ومَن اشترىٰ عبداً، فإذا هو حُرٌّ، وقد قال العبدُ للمشتري: . . . .

باب الاستحقاق

قال: (ومَن اشترىٰ جاريةً، فولَدَتْ عنده، فاستَحَقَّها رجلٌ ببيِّنةٍ: فإنه يأخذُها وولدَها، وإن أقرَّ بها لرجلٍ: لم يَتَّبِعْها[1] ولدُها).

ووجهُ الفرق بينهما: أن البينةَ حُجَّةٌ مطلَقةٌ، فإنها كاسمِها مُبَيِّنةٌ، فيظهرُ بها مِلْكُه من الأصل، والولدُ كان متصلاً بها، فيكونُ له.

أما الإقرار: حُجَّةٌ قاصِرةٌ، تُثبِتُ الملكَ في المُخبَرِ به؛ ضرورةَ صحةِ الإخبار، وقد اندفعتْ بإثباته بعد الانفصال، فلا يكون الولدُ له.

ثم قيل: يَدخلُ الولدُ في القضاء بالأُمِّ تَبَعاً.

وقيل: يُشترطُ القضاءُ بالولد، وإليه تُشيرُ المسائلُ، فإن القاضيَ إذا لم يعلم بالزوائد: قال محمدٌ رحمه الله: لا تدخلُ الزوائدُ في الحُكم، فكذا الولدُ إذا كان في يدِ غيره: لا يَدخلُ تحتَ الحكم بالأُمِّ تَبَعاً.

قال: (ومَن اشترىٰ عبداً، فإذا هو حُرٌّ، وقد قال العبدُ للمشتري:

---

(١) وفي نُسخ: يَتْبَعْها، وفي نُسخ: لم يدخل.

اشتَرِني، فإني عبدٌ له: فإن كان البائعُ حاضراً، أو غائباً غَيْبَةً معروفةً: لم يكن علىٰ العبدِ شيءٌ.

وإن كان البائعُ غائباً لا يُدرَىٰ أين هو: رَجَعَ المشتري علىٰ العبد، ورجع هو علىٰ البائعِ.

وإن ارتَهَنَ عبداً مُقِرّاً بالعبودية، فوَجَدَه حُرّاً: لم يرجعْ عليه علىٰ كلِّ حالٍ.

اشتَرِني، فإني عبدٌ له: فإن كان البائعُ حاضراً، أو غائباً غَيْبَةً معروفةً: لم يكن علىٰ العبدِ شيءٌ.

وإن كان البائعُ غائباً لا يُدرَىٰ أين هو: رَجَعَ المشتري علىٰ العبد، ورجع هو علىٰ البائعِ.

وإن ارتَهَنَ عبداً مُقِرّاً بالعبودية، فوَجَدَه حُرّاً: لم يرجعْ عليه علىٰ كلِّ حالٍ).

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يرجعُ فيهما؛ لأنَّ الرجوعَ بالمعاوضة أو بالكفالة، والموجودُ ليس إلا الإخبارُ كاذباً، فصار كما إذا قال الأجنبيُّ ذلك، أو قال العبدُ[1]: ارتهنِّي فإني عبدٌ، وهي المسألة الثانية.

ولهما: أن المشتريَ شَرَعَ في الشراءِ معتمِداً علىٰ أَمْرِه[2]، وإقرارِه بأني عبدٌ، إذِ القولُ له في الحرية، فيُجعَلُ العبدُ بالأمر بالشراء ضامِناً للثمن له

---

(١) لفظ: العبد: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٢) أي أمر العبد، حيث قال: اشترني.

. . . .

عند تعذُّر رجوعِه علىٰ البائع؛ دفعاً للغرور والضرر.

ولا تعذُّرَ إلا فيما لا يُعرَفُ مكانُه، والبيعُ عقدُ معاوضةٍ، فأمكن أن يُجعَلَ الآمِرُ[1] به ضامِناً للسلامة[2]، كما هو موجَبُه.

بخلاف الرهنِ؛ لأنه ليس بمعاوضةٍ، بل هو وثيقةٌ لاستيفاءِ عينِ حقِّه، حتىٰ يجوزُ الرهنُ ببدلِ الصرفِ والمُسْلَمِ فيه، مع حُرْمةِ الاستبدال، فلا يُجعَلُ الأمرُ به[3] ضماناً للسلامة.

وبخلاف الأجنبيِّ: لأنه لا يُعبأُ بقوله، فلا يَتحقَّقُ الغرور.

ونظيرُ مسألتنا: قولُ المولَىٰ: بايِعوا عبدي هذا، فإني قد أَذِنْتُ له، ثم ظَهَرَ الاستحقاقُ: فإنهم[4] يرجعون عليه بقيمته.

ثم في وَضْعِ المسألة: ضَرْبُ إشكالٍ علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الدعوىٰ شَرْطٌ في حرية العبدِ عنده، والتناقضُ يُفسِدُ الدعوىٰ.

وقيل: إذا كان الوضعُ في حرية الأصل: فالدعوىٰ فيها ليس بشَرْطٍ عندِه؛ لتضمُّنِه تحريمَ فَرْجِ الأم.

وقيل: هو شَرْطٌ، لكنَّ التناقضَ غيرُ مانعٍ؛ لخَفَاءِ العُلُوق.

---

(١) علىٰ وزن: فاعل. البناية ١٠/٤٥٧.

(٢) وفي نُسخ: أن يُجعلَ الأمر به ضماناً للسلامة.

(٣) يعني إذا لم يكن الرهن معاوضة: لم يحعل الأمر به ضماناً للسلامة.

(٤) أي الذين بايعوه.

ومَن اشترىٰ غلاماً، فشهد رجلٌ علىٰ ذلك، وخَتَمَ علىٰ ذلك الصَّكِّ: فليس ذلك بتسليمٍ، وهو علىٰ دعواه.

وإن كان الوضعُ في الإعتاق: فالتناقضُ لا يمنعُ؛ لاستبداد المولىٰ به، فصار كالمختلِعة تُقيمُ البيِّنةَ علىٰ الطَّلَقات الثلاثِ قبلَ الخلعِ، وكالمكاتبِ يُقيمُها علىٰ الإعتاق قبلَ الكتابة.

قال: (ومَن[1] اشترىٰ غلاماً، فشهد رجلٌ علىٰ ذلك، وخَتَمَ علىٰ ذلك الصَّكِّ: فليس ذلك بتسليمٍ[2]، وهو علىٰ دعواه[3]).

لأنَّ الإنسانَ يبيعُ مالَ غيره كما يبيعُ مالَ نفسِه، فلا تكون شهادتُه علىٰ البيع: إقراراً بأن الغلامَ مِلْكُ البائع.

وإن كَتَبَ في الصكِّ: باع وهو يملكه، وهو يشهد به: تبطل دعواه.

والسكوتُ لا يكونُ إذناً بالبيع؛ لأنه يَحتملُ السُّخطَ والرضا، فلا يُجعل رضاً إلا بدليلٍ ضروريٍّ.

---

(١) هذه المسألة وشَرْحُها مثبتٌ في صُلب نسخة السليمانية برقم ٦٤٤، وهي نسخةٌ نفيسةٌ سلطانيةٌ مصححةٌ، وأما مَتْن المسألة فهو مثبتٌ في الجامع الصغير ص١٨١، وبداية المبتدي ص٤٤٤، وفي نسخة ١٠٣٨هـ، وقد سقطت هذه المسألة وشرحها من بقية نُسخ الهداية، وكذلك من طبعاتها.

(٢) أن الغلام هو ملك البائع.

(٣) وفي نُسخة ٦٤٤: فإنه تصح دعواه. وقد أثبتُّ نصَّ الجامع الصغير، والمراد: أنه إذا شهد علىٰ الشراء، وختم علىٰ الصك، ثم ادعىٰ هذا الشاهد أن الغلامَ ملكُه: تصح دعواه وتُسمع. ينظر شرح الجامع الصغير للبزدوي، والنافع الكبير ص٢٩٤.

ومَن ادَّعىٰ حَقًّا في دارٍ، فصالحه الذي هي في يده الدارُ علىٰ مائةِ درهم، فاستُحِقَّت الدارُ، إلا ذراعاً منها : لم يَرجعْ بشيءٍ.

وإن ادَّعاها كلَّها، فصالحه علىٰ مائةِ درهمٍ، فاستُحِقَّ منها شيءٌ : رَجَعَ بحسابه.

ولأنه شهد علىٰ وجودِ صورةِ بيعٍ، لا وجودَ صحته.

قال: (ومَن ادَّعىٰ حَقًّا في دارٍ)، معناه: حقًّا مجهولاً، (فصالحه الذي هي في يده الدارُ علىٰ مائةِ درهم، فاستُحِقَّت الدارُ، إلا ذراعاً منها: لم يَرجعْ بشيءٍ)؛ لأن للمدعي أن يقولَ: دعوايَ في هذا الباقي.

قال: (وإن ادَّعاها كلَّها، فصالحه علىٰ مائةِ درهمٍ، فاستُحِقَّ منها شيءٌ: رَجَعَ بحسابه)؛ لأن التوفيقَ غيرُ ممكنٍ، فوَجَبَ الرجوعُ ببدله عند فَوَات سلامةِ المُبدَل.

ودلَّتِ المسألةُ علىٰ أن الصلحَ عن المجهول علىٰ معلومٍ: جائزٌ؛ لأن الجهالةَ فيما يَسقطُ لا تُفضِي إلىٰ المنازعة، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

فصلٌ في بيع الفضولي

ومَن باع مِلْكَ غيرِه بغير أمرِه : فالمالكُ بالخيار : إن شاء أجاز البيعَ، وإن شاء فَسَخَ.

فصلٌ في بيع الفضولي

قال: (ومَن باع مِلْكَ غيرِه بغير أمرِه: فالمالكُ بالخيار: إن شاء أجاز البيعَ، وإن شاء فَسَخ).

وقال الشافعي[١] رحمه الله: لا ينعقدُ؛ لأنه لم يَصْدُرْ عن ولايةٍ شرعيةٍ؛ لأنها: بالملك، أو بإذنِ المالك، وقد فُقِدَا، ولا انعقادَ إلا بالقدرة الشرعية.

ولنا: أنه تصرُّفُ تمليكٍ، وقد صَدَرَ من أهله، في مَحَلِّه، فوَجَبَ القولُ بانعقاده، إذْ لا ضَرَرَ فيه للمالك مع تخيُّرِه[٢]، بل فيه نفعُه[٣]، حيث يُكفَىٰ مؤنةَ طلبِ المشتري، وقرارِ الثمنِ، وغيرِه[٤].

وفيه نفعُ العاقد؛ لصَوْن كلامِه عن الإلغاء.

---

(١) نهاية المطلب ٧/٥٩.

(٢) أي بين الإجازة والفسخ.

(٣) أي نفعٌ للمالك.

(٤) أي من حقوق العقد، فإنها لا ترجع إلىٰ المالك. البناية ١٠/٤٦٢.

وله الإجازةُ إذا كان المعقودُ عليه باقياً، والمتعاقدان بحالهما.

وإذا أجاز المالكُ: كان الثمنُ مملوكاً له أمانةً في يده، بمنزلة الوكيل.

وفيه نفعُ المشتري، فتَثْبتُ القدرةُ الشرعيةُ؛ تحصيلاً لهذه الوجوه، كيف وإنَّ الإذنَ ثابتٌ دلالةً؛ لأنَّ العاقلَ يأذَنُ في التصرُّفِ النافع.

قال: (وله الإجازةُ إذا كان المعقودُ عليه باقياً، والمتعاقدان بحالهما)؛ لأن الإجازةَ تصرُّفٌ في العقد، فلا بدَّ من قيامه، وذلك بقيامِ المتعاقدين والمعقودِ عليه.

قال: (وإذا أجاز المالكُ: كان الثمنُ مملوكاً له أمانةً في يده، بمنزلة الوكيل)؛ لأن الإجازةَ اللاحقةَ: بمنزلة الوكالةِ السابقةِ.

وللفضوليِّ أن يَفسخَ قبلَ الإجازة؛ دفعاً للحقوق عن نفسِه.

بخلاف الفضوليِّ في النكاح؛ لأنه مُعَبِّرٌ مَحْضٌ.

هذا إذا كان الثمنُ دَيْناً، فإن كان عَرْضاً معيَّناً: إنما تصحُّ الإجازةُ إذا كان العَرْضُ باقياً أيضاً.

ثم الإجازةُ[1]: إجازةُ نقدٍ[2]، لا إجازةُ عقدٍ، حتىٰ يكونُ العَرْضُ الثمنُ مملوكاً للفضولي، وعليه مثلُ المبيعِ إن كان مثلياً، أو قيمتُه إن لم يكن مثلياً؛ لأنه شراءٌ من وجهٍ، والشراءُ لا يتوقَّفُ علىٰ الإجازة.

---

(١) أي في بيع المقايضة، يعني فيما إذا كان الثمن عرضاً معيناً.

(٢) أي إجازة أن ينقد الثمن من ماله.

ومَن غَصَبَ عبداً، فباعه، وأعتقه المشتري، ثم أجاز المولىٰ البيعَ: فالعتقُ جائزٌ؛ استحساناً.

ولو هَلَكَ المالكُ لا ينفُذُ بإجازة الوارثِ في الفصلَيْن[1]؛ لأنه توقَّفَ علىٰ إجازة المورِّثِ بنفسِه، فلا يجوزُ بإجازةِ غيرِه.

ولو أجازه المالكُ في حال حياتِه، ولا يُعلَمُ حالُ المبيع: جاز البيعُ في قولِ أبي يوسف رحمه الله أوَّلاً، وهو قولُ محمدٍ رحمه الله؛ لأن الأصلَ بقاؤه.

ثم رجع أبو يوسف رحمه الله، وقال: لا يصحُّ حتىٰ يُعلَمَ قيامُه عند الإجازة؛ لأن الشكَّ وَقَعَ في شَرْطِ الإجازة، فلا يثبتُ مع الشك.

قال: (ومَن غَصَبَ عبداً، فباعه، وأعتقه المشتري، ثم أجاز المولىٰ البيعَ: فالعتقُ جائزٌ؛ استحساناً)، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: لا يجوز؛ لأنه لا عِتْقَ بدون الملك.

قال عليه الصلاة والسلام: «لا عِتْقَ فيما لا يَملِكُه ابنُ آدم»[2].

والموقوفُ لا يفيدُ الملكَ، ولو ثَبَتَ في الآخِرة في زمانٍ مستقبَلٍ: يثبتُ مستَنداً، وهو ثابتٌ من وجهٍ دونَ وجهٍ، والمصحِّحُ للإعتاق: الملكُ الكاملُ؛ لِمَا روينا.

---

(١) أي فيما إذا كان الثمن عرضاً أو ديناً. البناية ١٠/٤٦٧.

(٢) سنن الترمذي (١١٨١)، وقال: حسن صحيح، سنن أبي داود (٢١٩٠)، سنن ابن ماجه (٢٠٤٧)، وصحَّحَ إسناده ابن الملقن في تحفة المحتاج ٢/٢٠٦.

. . . .

ولهذا لا يصحُّ أن يُعتِقَ الغاصبُ، ثم يؤديَ الضمانَ، ولا أن يُعتِقَ المشتري، والخيارُ للبائع، ثم يُجيزُ البائعُ ذلك.

وكذا لا يصحُّ بيعُ المشتري من الغاصب فيما نحنُ فيه، مع أنه أسرعُ نفاذاً، حتىٰ نَفَذَ من الغاصب إذا أدَّىٰ الضمانَ.

وكذا لا يصح إعتاقُ المشتري من الغاصبِ إذا أدَّىٰ الغاصبُ الضمانَ.

ولهما: أن الملكَ ثَبتَ موقوفاً بتصرُّفٍ مُطْلَقٍ موضوعٍ لإفادة الملك، ولا ضررَ فيه، علىٰ ما مَرَّ، فيتوقَّفُ الإعتاقُ مرتَّباً عليه، وينفُذُ بنَفَاذِه، فصار كإعتاقِ المشتري من الراهن، وكإعتاقِ الوارثِ عبداً من التركة، وهي مُستغرَقَةٌ بالديون: يصحُّ، وينفُذُ إذا قضىٰ الديونَ بعد ذلك.

بخلاف إعتاقِ الغاصبِ بنفسه؛ لأن الغصبَ غيرُ موضوعٍ لإفادة الملك.

وبخلاف ما إذا كان في البيعِ خيارٌ للبائع؛ لأنه ليس بمُطلَقٍ، وقِرَانُ الشرطِ به: يَمنعُ انعقادَه في حَقِّ الحكم أصلاً.

وبخلاف بيعِ المشتري من الغاصب إذا باع؛ لأن بالإجازة يثبتُ للبائع ملكٌ باتٌّ، فإذا طَرَأَ علىٰ ملكٍ موقوفٍ لغيره: أبطله.

وأما إذا أدىٰ الغاصبُ الضمانَ: يَنفُذُ إعتاقُ المشتري منه، كذا ذَكَرَه هلالٌ[1] رحمه الله، وهو الأصح.

---

(١) هلال الرأي بن يحيىٰ البصري، صاحب كتاب الوقف، وتقدم ذكره.

فإن قُطِعتْ يدُ العبد، فأَخَذَ أرشَها، ثم أجاز المولىٰ البيعَ: فالأرشُ للمشتري.

ويَتصدَّقُ بما زاد علىٰ نصفِ الثمنِ.

فإن باعه المشتري من آخَرَ، ثم أجاز المولىٰ البيعَ الأولَ: لم يَجُزِ البيعُ الثاني.

قال: (فإن قُطِعتْ يدُ العبد، فأَخَذَ[1] أرشَها، ثم أجاز المولىٰ البيعَ: فالأرشُ للمشتري)؛ لأن الملكَ قد تَمَّ له من وقت الشراء، فتبيَّن أنَّ القطعَ حَصَلَ علىٰ مِلكِه.

وهذه حُجَّةٌ علىٰ محمدٍ رحمه الله.

والعُذْرُ له[2]: أن المِلكَ من وجهٍ يكفي لاستحقاق الأرشِ، كالمكاتَب إذا قُطِعت يدُه، وأَخَذَ الأرشَ، ثم رُدَّ في الرِّقِّ: يكون الأرشُ للمولىٰ، فكذا إذا قُطِعت يدُ المشترَىٰ في يد المشتري، والخيارُ للبائع، ثم أُجيزَ البيعُ: فالأرشُ للمشتري، بخلاف الإعتاق، علىٰ ما مرَّ.

(ويَتصدَّقُ بما زاد علىٰ نصفِ الثمنِ)؛ لأنه لم يَدخلْ في ضمانه، أو فيه شبهةُ عدمِ الملك.

قال: (فإن باعه المشتري من آخَرَ، ثم أجاز المولىٰ البيعَ الأولَ: لم يَجُزِ البيعُ الثاني)؛ لِمَا ذَكَرْنا.

---

(١) أي فإن قُطعت يدُ العبد في يد المشتري، فأخذ المشتري. البناية ١٠/٤٧٢.

(٢) أي لمحمد، أي جواب الإمام محمد رحمه الله.

فإن لم يبِعْه المشتري، فمات في يدِه، أو قُتل، ثم أجاز البيعَ: لم يجز.

ومَن باع عبدَ غيرِه بغير أَمْرِه، وأقام المشتري البيِّنةَ علىٰ إقرار البائع، أو ربِّ العبدِ أنه لم يأمُرْه بالبيع، وأراد به ردَّ البيعِ: لم تُقبلْ بيِّنتُه.

ولأن فيه غررَ الانفساخ، علىٰ اعتبار عدمِ الإجازةِ في البيعِ الأول، والبيعُ يفسدُ به، بخلاف الإعتاقِ عندهما؛ لأنه لا يُؤثِّرُ فيه الغررُ.

قال: (فإن لم يبِعْه المشتري، فمات في يدِه، أو قُتل، ثم أجاز البيعَ: لم يجز)؛ لِمَا ذَكَرْنا أن الإجازةَ من شَرْطِها: قيامُ المعقود عليه، وقد فات بالموت، وكذا بالقتل، إذْ لا يُمكنُ إيجابُ البدلِ للمشتري بالقتل، حتىٰ يُعَدُّ باقياً ببقاء البدل؛ لأنه لا ملكَ للمشتري عند القتل ملكاً يقابَلُ بالبدل، فتحقَّقَ الفوَات.

بخلاف البيعِ الصحيح؛ لأن ملكَ المشتري ثابتٌ، فأمكن إيجابُ البدل له، فيكونُ المبيعُ قائماً بقيام خَلَفِه[1].

قال: (ومَن باع عبدَ غيرِه بغير أَمْرِه، وأقام المشتري البيِّنةَ علىٰ إقرار البائع، أو ربِّ العبدِ أنه لم يأمُرْه بالبيع، وأراد به ردَّ البيعِ[2]: لم تُقبلْ بيِّنتُه)؛ للتناقض في الدعوىٰ، إذِ الإقدامُ علىٰ الشراء: إقرارٌ منه بصحته، والبينةُ مَبْنيَّةٌ علىٰ صحة الدعوىٰ.

---

(١) وهو القيمة.

(٢) وفي نُسخ: المَبيع، كما هو في طبعات الهداية القديمة، وينظر لترجيح لفظ: البيع: البناية ١٠/٤٧٦.

وإن أقرَّ البائعُ بذلك عند القاضي : بَطَلَ البيعُ إن طَلَبَ المشتري ذلك .

ومَن باع داراً لرجلٍ، وأدخلها المشتري في بنائه : لم يضمنِ البائعُ عند أبي حنيفة رحمه الله، وهو قولُ أبي يوسف رحمه الله آخِراً، وكان يقول أوَّلاً : يضمنُ البائعُ، وهو قولُ محمدٍ رحمه الله .

قال: (وإن أقرَّ البائعُ بذلك عند القاضي: بَطَلَ البيعُ إن طَلَبَ المشتري ذلك)؛ لأن التناقضَ لا يمنعُ صحةَ الإقرار، وللمشتري أن يساعدَه علىٰ ذلك، فيتحقَّقُ الاتفاقُ بينهما، فلهذا شُرِطَ طلبُ المشتري.

قال رضي الله عنه: وذَكَرَ في «الزيادات» أن المشتري إذا صدَّقَ مدَّعِيَه، ثم أقام البينةَ علىٰ إقرار البائعِ أنه للمُستَحِقِّ: تُقبَلُ.

وفرَّقوا أن العبدَ في هذه المسألة في يد المشتري، وفي تلك المسألةِ[1] في يدِ غيره، وهو المُستَحِقُّ، وشَرْطُ الرجوعِ بالثمن: أن لا تكون العينُ سالمةً في يدِه للمشتري.

قال: (ومَن باع داراً لرجلٍ، وأدخلها المشتري في بنائه: لم يضمنِ البائعُ عند أبي حنيفة رحمه الله، وهو قولُ أبي يوسف رحمه الله آخِراً.

وكان يقول أوَّلاً: يضمنُ البائعُ، وهو قولُ محمدٍ رحمه الله)، وهي مسألةُ غَصْبِ العقار، وسنُبَيِّنُه في الغصب[2] إن شاء الله تعالىٰ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي في مسألة الزيادات.

(٢) أي في كتاب الغصب.

باب السَّلَم

السَّلَمُ عقدٌ مشروعٌ بالكتاب.

باب السَّلَم

قال: (السَّلَمُ عقدٌ مشروعٌ بالكتاب[١])، وهو آيةُ المدايَنَة.

فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما[٢]: أشهدُ أن الله تعالىٰ أحلَّ السَّلَفَ المضمونَ، وأنزل فيها أطولَ آيةٍ في كتابه، وتلا قولَه تعالىٰ: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾. البقرة/٢٨٢.

وبالسُّنَّة، وهو ما رُوي أنه عليه الصلاة والسلام نهىٰ عن بيعِ ما ليس عند الإنسان، ورخَّصَ في السَّلَم[٣].

---

(١) هذه الجملة مثبتةٌ علىٰ أنها من بداية المبتدي في عدة نُسخ، ومنها النسخة المقابلة علىٰ نسخة الإمام الكاكي، وتاريخ نسخها ٧٤٨هـ، و٧٩٧هـ، و٩٥١هـ.

(٢) المستدرك للحاكم (٣١٣٠)، مسند الشافعي (١٤٣٧)، مصنف عبد الرزاق (١٤٠٦٤)، مصنف ابن أبي شيبة (٢٢٣١٩)، الدراية ٢/١٥٩.

(٣) قال في الدراية ٢/١٥٩: لم أجده هكذا، نعم هما حديثان: أحدهما: «لا تبع ما ليس عندك»، وهو في سنن أبي داود (٣٥٠٣)، سنن الترمذي (١٢٣٥)، وقال: حسن صحيح، سنن ابن ماجه (٢١٨٧).

وثانيهما: ورخَّص في السلم، وهو الحديث الآتي: «مَن أسلم منكم فليسلم...».

وهو جائزٌ في المَكيلات، والمَوزونات، و في المَذْروعات.

والقياسُ وإن كان يأباه، ولكنَّا تركناه بما رويناه.

ووجهُ القياس: أنه بيعُ المعدوم، إذِ المَبيعُ هو المسلَم فيه.

قال: (وهو جائزٌ في المَكيلات، والمَوزونات).

لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن أسلم منكم: فليُسْلِمْ في كيلٍ معلومٍ، ووزنٍ معلومٍ، إلىٰ أجلٍ معلوم»[١].

والمرادُ بالموزونات: غيرُ الدراهمِ والدنانيرِ؛ لأنهما أثمانٌ، والمسلَمُ فيه لا بدَّ أن يكون مُثمَناً، فلا يصحُّ السلَمُ فيهما[٢].

ثم قيل: يكون باطلاً.

وقيل: ينعقدُ بيعاً بثمنٍ مؤجَّلٍ؛ تحصيلاً لمقصود المتعاقدَيْن بحسب الإمكان، والعبرةُ في العقود: للمعاني.

والأولُ أصحُّ؛ لأن التصحيحَ إنما يجبُ في محلٍّ أوجبا العقدَ فيه، ولا يُمكنُ ذلك.

قال: (و) كذا (في المَذْروعات)؛ لأنه يُمكنُ ضَبْطُها بذِكْر الذَّرْع، والصفةِ، والصنعة، ولا بدَّ منها لترتفعَ الجهالةُ، فيتحقَّقَ شرطُ صحة السلم.

---

(١) بلفظ: «مَن أسلف فليسلف»: في صحيح البخاري (٢٢٥٣)، صحيح مسلم (١٦٠٤)، وبلفظ: « لا تُسلِموا، فمَن أسلم»: مرفوعاً: في الآحاد والمثاني (٢٠٨٢).

(٢) أي في الدراهم والدنانير، وفي نُسخ: فيها. قلت: أي في الأثمان.

و في المعدودات التي لا تتفاوتُ آحادُها، كالجَوْزِ واللَّوْز والبَيْض.

والصغيرُ والكبيرُ فيه: سواءٌ.

قال: (و) كذا (في المعدودات التي لا تتفاوتُ آحادُها، كالجَوْزِ واللَّوْز والبَيْض)؛ لأن العدديَّ المتقارِبَ معلومُ القَدْرِ[١]، مضبوطُ الوصفِ، مقدورُ التسليمِ، فيجوزُ السلمُ فيه.

(والصغيرُ والكبيرُ فيه[٢]: سواءٌ)؛ لاصطلاح الناسِ علىٰ إهدارِ التفاوت.

بخلاف البِطِّيْخِ والرُّمَّان؛ لأنه تتفاوتُ آحادُه تفاوتاً فاحشاً، وبتفاوت الآحاد في المالية: يُعرَفُ العدديُّ المتفاوت[٣].

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا يجوزُ في بَيْضِ النَّعَامة؛ لأنه تتفاوتُ آحادُه في المالية.

ثم كما يجوزُ السلمُ فيها[٤] عدداً: يجوز كيلاً ووزناً.

وقال زفرُ رحمه الله: لا يجوز كيلاً؛ لأنه عدديٌّ، وليس بمكيل.

وعنه: أنه لا يجوزُ عدداً أيضاً؛ للتفاوت.

ولنا: أن المقدارَ مرةً يُعرَفُ بالعدد، وتارةً بالكيل، وإنما صار معدوداً بالاصطلاح، فيصيرُ مكيلاً باصطلاحهما.

---

(١) لفظ: القَدْر: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٢) أي في البيض والجوز والمعدودات التي لا تتفاوت.

(٣) هكذا: المتفاوت: في النسخ الخطية، وفي طبعات الهداية القديمة: المتقارب.

(٤) أي في المعدودات المتقاربة. البناية ١١/١١، وقوله: ووزناً: مثبت في نُسخ.

وكذا في الفلوسِ عدداً.

ولا يجوزُ السَّلَمُ في الحيوان.

قال: (وكذا[١] في الفلوسِ عدداً).

وقيل: هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وعند محمدٍ رحمه الله: لا يجوز؛ لأنها أثمانٌ.

ولهما: أن الثمنيةَ تثبتُ في حَقِّهما[٢] باصطلاحهما، فتبطلُ باصطلاحهما، ولا تعودُ وَزْنياً، وقد ذكرناه من قبل[٣].

قال: (ولا يجوزُ السَّلَمُ في الحيوان).

وقال الشافعي[٤] رحمه الله: يجوزُ؛ لأنه يصيرُ معلوماً ببيان الجنس، والسِّنِّ، والنوعِ، والصفةِ، والتفاوتُ بعد ذلك يسيرٌ، فأشبه الثيابَ.

ولنا: أنه بعد ذِكْرِ هذه الأوصاف[٥]: يبقىٰ فيه تفاوتٌ فاحشٌ في المالية، باعتبار المعاني الباطنة، فيُفضي إلىٰ المنازعة.

بخلاف الثياب؛ لأنه مصنوعُ العبادِ، فقَلَّما يتفاوتُ الثوبان إذا نُسِجَا علىٰ منوالٍ واحدٍ.

---

(١) أي وكذا يجوز السلمُ في الفلوس.

(٢) أي في حق المتعاقدين.

(٣) في باب الربا، في مسألة بيع الفلس بالفلسين.

(٤) الحاوي الكبير ٥/٣٩٩.

(٥) وفي نُسخ: بعد ذِكْر ما ذُكِر.

ولا في أطرافِه، كالرؤوس، والأكارِع.

ولا في الجلودِ عدداً، ولا في الحَطَب حُزَماً، ولا في الرَّطْبة جُرَزاً.

ولا يجوزُ السلمُ حتىٰ يكونَ المُسلَمُ فيه موجوداً من حين العقد إلىٰ حين المَحِلِّ.

وقد صحَّ أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام نهىٰ عن السَّلَم في الحيوان[1].

ويدخلُ فيه جميعُ أجناسِه، حتىٰ العصافيرُ.

قال: (ولا في أطرافِه، كالرؤوس، والأكارِع[2])؛ للتفاوُتِ فيها، إذ هي عدديٌّ متفاوِتٌ، لا مقدِّرَ[3] لها.

قال: (ولا في الجلودِ عدداً، ولا في الحَطَب حُزَماً، ولا في الرَّطْبة جُرَزاً)؛ للتفاوت فيها، إلا إذا عُرِفَ ذلك، بأن يُبيِّنَ له طولَ ما يَشُدُّ به الحُزمةَ، أنه شِبْرٌ أو ذِراعٌ، فحينئذٍ يجوز إذا كان علىٰ وجهٍ لا يتفاوت.

قال: (ولا يجوزُ السلمُ حتىٰ يكونَ المُسلَمُ فيه موجوداً من حين العقد إلىٰ حين المَحِلِّ).

---

(١) سنن أبي داود (٣٣٥٦)، الترمذي (١٢٣٧)، وقال: حديث حسن صحيح، وسماع الحسن من سَمُرَة صحيح، هكذا قال علي بن المديني وغيره. اهـ.

وقال ابن حجر في الفتح ٤١٩/٤: رجاله ثقات إلا أنه اختلف في سماع الحسن، ثم ذكر له عدة طرق يقوي بعضها بعضاً، وينظر التلخيص الحبير ١٠/٣.

(٢) جَمْعُ: كُراع: وهو ما دون الركبة إلىٰ الكعب.

(٣) وفي نُسخ: لا معيارَ لها.

ويجوزُ السلمُ في السمك المالح، وزناً معلوماً، وضَرْباً معلوماً.

حتىٰ لو كان منقطعاً عند العقد، موجوداً عند المَحِلِّ، أو علىٰ العكس، أو منقطعاً فيما بين ذلك: لا يجوز عندنا.

وقال الشافعيُّ[1] رحمه الله: يجوز إذا كان موجوداً وقتَ المَحِلِّ؛ لوجود القدرةِ علىٰ التسليمِ حالَ وجوبِه.

ولنا: قولُه عليه الصلاة والسلام: «لا تُسلِفوا في الثمارِ حتىٰ يَبدُوَ صلاحُها»[2].

ولأن القدرةَ علىٰ التسليم: بالتحصيل، فلا بدَّ من استمرار الوجودِ في مدةِ الأجل؛ ليَتمكَّنَ من التحصيل.

ولو انقطع بعد المَحِلِّ: فرَبُّ السَّلَمِ بالخيار: إن شاء فَسَخَ السلمَ، وإن شاء انتظر وجودَه؛ لأن السلمَ قد صحَّ، والعجزُ الطارئُ علىٰ شَرَفِ الزوال، فصار كإباق العبدِ المَبيعِ قبلَ القبض.

قال: (ويجوزُ السلمُ في السمكِ المالح، وزناً معلوماً، وضَرْباً[3] معلوماً)؛ لأنه معلومُ القَدْر، مضبوطُ الوصف، مقدورُ التسليم، إذ هو غيرُ منقطِعٍ.

---

(١) الحاوي الكبير ٣٩١/٥.

(٢) بلفظ المؤلف في مستخرج أبي عوانة (٥٥٢١)، وبلفظ: «لا تسلفوا في النخل حتىٰ يبدو صلاحه»: في سنن أبي داود (٤٣٦٧)، وسكت عنه، وسنن ابن ماجه (٢٢٨٤)، وينظر الدراية ١٥٩/٢، التعريف والإخبار ٣١٢/٣.

(٣) أي نوعاً.

ولا خيرَ في السلم في السمك الطَّرِيِّ، إلا في حينِه، وزناً معلوماً، وضَرْباً معلوماً.

ولا خيرَ في السلمِ في اللحمِ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: إذا وَصَفَ من اللحمِ موضعاً معلوماً، بصفةٍ معلومةٍ: جاز.

ولا يجوزُ السلمُ فيه عدداً؛ للتفاوُتِ.

قال: (ولا خير[1] في السلم في السمك الطَّرِيِّ، إلا في حينِه، وزناً معلوماً، وضَرْباً معلوماً)؛ لأنه ينقطعُ في زمان الشتاء، حتىٰ لو كان في بلدٍ لا ينقطعُ: يجوزُ مطلقاً.

وإنما يجوزُ وَزْناً، لا عدداً؛ لِمَا ذكرنا.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا يجوزُ في لحمِ الكبارِ منها، وهي التي تُقطَّعُ؛ اعتباراً بالسلم في اللحم عنده.

قال: (ولا خير[2] في السلمِ في اللحمِ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: إذا وَصَفَ من اللحمِ موضعاً معلوماً، بصفةٍ معلومةٍ: جاز)؛ لأنه موزونٌ، مضبوطُ الوصفِ، ولهذا يُضمَنُ بالمثل.

ويجوزُ استقراضُه وزناً، ويجري فيه ربا الفضل.

بخلاف لحمِ الطيور؛ لأنه لا يُمكِنُ وَصْفُ موضعٍ منه.

---

(١) أي لا يجوز.

(٢) أي لا يجوز.

ولا يجوزُ السلمُ إلا مؤجَّلاً.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنه مجهولٌ؛ للتفاوت في قِلَّة العَظْم وكثرتِه، أو في سِمَنِه وهُزالِه، علىٰ اختلافِ فصولِ السَّنَة، وهذه الجهالةُ مفضِيَةٌ إلىٰ المنازعة.

وفي مخلوع العَظْم: لا يجوزُ علىٰ الوجه الثاني، وهو الأصح، والتضمينُ بالمثل ممنوعٌ.

وكذا[1] الاستقراضُ، وبعد التسليم: فالمِثلُ أعدلُ من القيمة.

ولأن القبضَ يُعايَنُ فيه، فيُعرَفُ مثلُ المقبوضِ به في وقته، أما الوصف: فلا يُكتفَىٰ به.

قال: (ولا يجوزُ السلمُ إلا مؤجَّلاً).

وقال الشافعي[2] رحمه الله: يجوز حالاًّ[3]؛ لإطلاق الحديث: «ورَخَّص في السلم»[4].

ولنا: قولُه عليه الصلاة والسلام: «إلىٰ أجلٍ معلومٍ»، فيما روينا.

ولأنه شُرِع رخصةً؛ دفعاً لحاجة المَفاليس، فلا بدَّ من الأجل؛ ليَقدِرَ علىٰ التسليم فيه، فيُسلِّمَ، ولو كان قادراً علىٰ التسليم في الحالِ: لم يوجد المرخِّصُ، فبقيَ علىٰ النافي.

---

(١) أي ممنوعٌ أيضاً وزناً.

(٢) البيان للعمراني ٥/٣٩٦.

(٣) وفي نُسخ: يجوز مطلَقاً.

(٤) تقدم قريباً.

ولا يجوزُ إلا بأجلٍ معلومٍ.

ولا يجوزُ السلمُ بمِكيالِ رجلٍ بعَيْنِه، ولا بذراعِ رجلٍ بعَيْنه.

ولا في طعامِ قريةٍ بعَيْنها، أو ثمرةِ نخلةٍ بعَيْنِها.

قال: (ولا يجوزُ إلا بأجلٍ معلومٍ)؛ لِمَا روينا.

ولأن الجهالةَ فيه مُفْضِيَةٌ إلىٰ المنازعة، كما في البيع.

والأجلُ أدناه: شهرٌ، وقيل: ثلاثةُ أيام، وقيل: أكثرُ من نصف يوم، والأول أصحُّ.

قال: (ولا يجوزُ السلمُ بمِكيالِ رجلٍ بعَيْنِه، ولا بذراعِ رجلٍ بعَيْنه).

معناه: إذا لم يُعرَفْ مقدارُه؛ لأنه يتأخَّرُ فيه التسليمُ، فربما يضيعُ، فيؤدي إلىٰ المنازعة، وقد مَرَّ من قبلُ[1].

ولا بدَّ أن يكونَ المكيالُ مما لا يَنقَبِضُ ولا يَنبَسِطُ، كالقِصَاع مَثَلاً، فإن كان مما يَنْكَبِسُ بالكَبْس، كالزِّنْبيل والجِرَاب: لا يجوزُ؛ للمنازعة، إلا في قِرَب الماءِ؛ للتعامل فيه، كذا رُوي عن أبي يوسف رحمه الله.

قال: (ولا في طعامِ قريةٍ بعَيْنها، أو ثمرةِ نخلةٍ بعَيْنِها)؛ لأنه قد تعتريه آفَةٌ، فلا قدرةَ علىٰ التسليم.

وإليه أشار عليه الصلاة والسلام حيثُ قال: «أرأيتَ لو أذهب اللهُ الثمرَ، بمَ يَستَحِلُّ أحدُكم مالَ أخيه؟!»[2].

---

(١) في أول كتاب البيع.

(٢) صحيح البخاري (٢٢٠٨)، صحيح مسلم (١٥٥٥).

ولا يصحُّ السَّلَمُ عند أبي حنيفة رحمه الله إلا بسبعِ شرائطَ: جنسٌ معلومٌ، ونوعٌ معلومٌ، وصفةٌ معلومةٌ، ومقدارٌ معلومٌ، وأجلٌ معلومٌ، . . .

ولو كانت النسبةُ إلىٰ قَريةٍ لبيانِ الصفة: لا بأس به، علىٰ ما قالوا[1]، كالخُشْمُرَانيِّ[2] ببخارىٰ، والبِسَاخِيِّ بفَرْغَانة.

قال: (ولا يصحُّ[3] السَّلَمُ عند أبي حنيفة رحمه الله إلا بسبعِ[4] شرائطَ:

١ ـ جنسٌ[5] معلومٌ)، كقولنا: حنطةٌ، أو شعيرٌ، أو تمرٌ.

(٢ ـ ونوعٌ معلومٌ)، كقولنا: سَقِيَّةٌ[6]، أو بَخْسِيَّةٌ.

(٣ ـ وصفةٌ معلومةٌ)، كقولنا: جيدٌ، أو رديءٌ.

(٤ ـ ومقدارٌ معلومٌ)، كقولنا: كذا كيلاً، بمكيالٍ معروفٍ، أو كذا وزناً.

(٥ ـ وأجلٌ معلومٌ)، والأصلُ فيه: ما روينا، والفقهُ فيه ما بيَّنَّا.

---

(١) أي المشايخ رحمهم الله تعالىٰ.

(٢) خُشْمُران: اسم قرية ببخارىٰ، وكذلك: بِسَاخ: اسم قرية بفَرْغانة، ببلدة صاحب الهداية، مدينةٌ وراء نهر جَيْحون. البناية ١١/٢٩.

(٣) وفي نُسخ: لا يجوز.

(٤) علىٰ تقدير المعدود: شريطةً، وفي نُسخ: بسبعة: علىٰ تقدير كون المعدود: شرطاً. البناية ١١/٢٩، فتح القدير ٦/٢٢٠.

(٥) وفي نُسخ: جنسٍ: بالكسر، علىٰ البدلية، وهكذا في البقية.

(٦) أي مَسْقيَّة، وأما: بَخْسِيَّة: فنسبةٌ إلىٰ: البَخْس، وهي الأرض التي تسقيها السماء؛ لأنها مبخوسة الحَظِّ من الماء. البناية ١١/٣٠.

ومعرفةُ مقدارِ رأسِ المالِ، إذا كان يتعلَّقُ العقدُ علىٰ مقداره، كالمكيل، والموزون، والمعدود.

وتسميةُ المكانِ الذي يُوَفِّيه فيه إذا كان له حَمْلٌ ومؤنةٌ.

وقالا: لا يُحتاجُ إلىٰ تسميةِ رأسِ المال إذا كان معيَّناً، ولا إلىٰ مكان التسليم، ويُسلِّمُه في موضعِ العقد.

(٦ـ ومعرفةُ مقدارِ رأسِ المالِ، إذا كان يتعلَّقُ العقدُ علىٰ مقداره، كالمكيل، والموزون، والمعدود.

٧ـ وتسميةُ المكانِ الذي يُوَفِّيه فيه إذا كان له حَمْلٌ ومؤنةٌ.

وقالا: لا يُحتاجُ إلىٰ تسميةِ رأسِ المال إذا كان معيَّناً، ولا إلىٰ مكان التسليم، ويُسلِّمُه في موضعِ العقد)، فهاتان مسألتان فيهما اختلافٌ.

لهما في الأُولىٰ: أن المقصودَ يحصلُ بالإشارة، فأشبه الثمنَ والأجرةَ، وصار كالثوب.

وله: أنه ربما يوجدُ بعضُها زُيوفاً، ولا يُستبدَلُ في المجلس، فلو لم يُعلَمْ قدرُه: لا يُدرَىٰ في كم بقي؟

أو ربما لا يَقدِرُ علىٰ تحصيل المسلَم فيه، فيَحتاجُ إلىٰ ردِّ رأسِ مالِ السلم، والموهومُ في هذا العقد: كالمتحقِّق؛ لشَرْعِهِ مع المُنافي.

بخلاف ما إذا كان رأسُ المالِ ثوباً؛ لأن الذَّرْعَ وَصْفٌ فيه، لا يتعلَّقُ العقدُ علىٰ مقداره.

ومِن فروعه: إذا أسلم في جنسَيْن، ولم يبيِّنْ رأسَ مالِ كلِّ واحدٍ منهما، أو أسلم في جنسَيْن، ولم يُبيِّنْ مقدارَ أحدِهما.

. . . .

ولهما في الثانية: أن مكانَ العقدِ يتعيَّنُ؛ لوجود العقدِ الموجِبِ للتسليم فيه.

ولأنه لا يُزاحِمُه مكانٌ آخَرُ فيه، فيصيرُ نظيرَ أولِ أوقات الإمكانِ في الأوامر، فصار كالقرض والغصب.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن التسليمَ غيرُ واجبٍ في الحال، فلا يتعيَّنُ مكانُ العقد، بخلاف القرضِ والغصب.

وإذا لم يتعيَّنْ: فالجهالةُ فيه تُفضي إلىٰ المُنازعة؛ لأنَّ قِيَمَ الأشياء تختلفُ باختلافِ المكان، فلا بدَّ من البيانِ، وصار كجهالة الصفة.

وعن هذا قال مَن قال مِن المشايخ رحمهم الله: إن الاختلافَ فيه[1] عنده يوجِبُ التحالفَ، كما في الصفة.

وقيل: علىٰ عكسِه؛ لأن تعيُّنَ المكانِ قضيةُ العقدِ عندهما، فصار كالاختلاف في العقد.

وعلىٰ هذا الخلاف: الثمنُ، والأجرةُ، والقِسْمةُ.

وصورتُها: إذا اقتسما داراً، وجعَلا مع نصيبِ أحدِهما شيئاً له حَمْلٌ ومؤنة.

وقيل: لا يُشترطُ ذلك في الثمن.

والصحيحُ أنه يُشترط إذا كان مؤجَّلاً، وهو اختيارُ شمس الأئمة السَّرَخْسِي رحمه الله.

---

(١) أي في مكان الإيفاء.

وما لم يكن له حَمْلٌ ومؤنةٌ: لا يُحتاجُ فيه إلىٰ بيانِ مكانِ الإيفاءِ، بالإجماع، ويُوفِّيه في المكان الذي أسلم فيه.

وعندهما: يَتعيَّنُ مكانُ الدار، ومكانُ تسليمِ الدابة؛ للإيفاء.

قال: (وما لم يكن له حَمْلٌ ومؤنةٌ: لا يُحتاجُ فيه إلىٰ بيانِ مكانِ الإيفاءِ، بالإجماع)؛ لأنه لا تختلفُ قيمتُه.

(ويُوفِّيه في المكان الذي أسلم فيه).

قال رضي الله عنه: وهذا[١] روايةُ «الجامع الصغير[٢]»، والبيوعِ[٣].

وذَكَرَ في الإجارات[٤]: أنه يوفِّيه في أيِّ مكانٍ شاء، وهو الأصحُّ؛ لأن الأماكنَ كلَّها سواءٌ، ولا وجوبَ في الحال.

ولو عيَّنَ[٥] مكاناً: قيل: لا يتعيَّنُ؛ لأنه لا يُفيدُ، وقيل: يتعيَّن؛ لأنه يُفيدُ سقوطَ خَطَرِ الطريق.

ولو عَيَّنَ المصرَ فيما له حَمْلٌ ومؤنةٌ: يُكتفَىٰ به؛ لأنه مع تباينِ أطرافه: كبُقْعةٍ واحدةٍ، فيما ذكرنا.

---

(١) أي قوله: ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه.

(٢) ص١٦٦.

(٣) أي بيوع كتاب الأصل، للإمام محمد رحمه الله.

(٤) أي كتاب الإجارات من الأصل للإمام محمد رحمه الله.

(٥) هكذا: عيَّن: في النسخ الخطية، والتقدير: أي ربُّ السلم. وفي طبعات الهداية القديمة: عيَّنا. بالتثنية. والتقدير: أي المسلمُ والمسلَم إليه.

ولا يصحُّ السلمُ حتىٰ يَقبِضَ رأسَ المالِ قبلَ أن يُفارِقَه فيه.

قال: (ولا يصحُّ السلمُ حتىٰ يَقبِضَ رأسَ المالِ قبلَ أن يُفارِقَه فيه).

أما إذا كان من النقود: فلأنه افتراقٌ عن دَيْنٍ بدَيْنٍ، وقد نهىٰ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم عن بيعِ الكالئ بالكالئ(١).

وإن كان عَيْناً: فلأنَّ السلمَ أَخْذُ عاجلٍ بآجِلٍ، إذِ الإسلامُ والإسلافُ يُنبئان عن التعجيل، فلا بدَّ من قَبْضِ أحدِ العوضَيْن ليتحقَّق معنىٰ الاسم.

ولأنه لا بدَّ من تسليمِ رأسِ المال؛ ليتقلَّبَ(٢) المسلَمُ إليه فيه، فيَقْدِرَ علىٰ التسليم.

ولهذا قلنا: لا يصحُّ السلمُ إذا كان فيه خيارُ الشرطِ لهما، أو لأحدهما؛ لأنه يمنعُ تمامَ القبض؛ لكونه مانعاً من الانعقادِ في حقِّ الحكم.

وكذا لا يثبتُ فيه خيارُ الرؤية؛ لأنه غيرُ مفيدٍ.

بخلاف خيارِ العيب؛ لأنه لا يَمنعُ تمامَ القبض.

ولو أسقط خيارَ الشرطِ قبلَ الافتراق، ورأسُ المالِ قائمٌ: جاز.

خلافاً لزفر رحمه الله، وقد مَرَّ نظيرُه.

وجملةُ الشروط جَمَعُوها(٣) في قولهم:

---

(١) تقدم قريباً في الربا.

(٢) أي ليتصرَّف.

(٣) أي المشايخ رحمهم الله.

فإن أسلم مائتي درهمٍ في كُرٍّ حنطةٍ، مائةٌ منها دَيْنٌ علىٰ المسلَم إليه، ومائةٌ نَقْدٌ : فالسَّلَمُ في حِصَّةِ الدَّيْن : باطلٌ.

ولا يجوزُ التصرُّفُ في رأسِ مالِ السلمِ والمسلَمِ فيه قبلَ القبض.

إعلامُ رأسِ المالِ[1]، وتعجيلُه[2]، وإعلامُ المسلَمِ فيه، وتأجيلُه[3]، وبيانُ مكانِ الإيفاءِ[4]، والقدرةُ علىٰ تحصيله[5].

قال: (فإن أسلم مائتي درهمٍ في كُرٍّ حنطةٍ، مائةٌ منها دَيْنٌ علىٰ المسلَم إليه، ومائةٌ نَقْدٌ: فالسَّلَمُ في حِصَّةِ الدَّيْن: باطلٌ)؛ لفوات القبض.

ويجوزُ في حِصَّةِ النقد؛ لاستجماعِ شرائطِه.

ولا يَشيعُ الفسادُ؛ لأن الفسادَ طارئٌ، إذِ السلمُ وَقَعَ صحيحاً، ولهذا لو نَقَدَ رأسَ المالِ قبلَ الافتراق: صحَّ، إلا أنه يبطلُ بالافتراق؛ لِمَا بيَّنَّا.

وهذا لأن الدَّيْنَ لا يتعيَّنُ في البيع، ألا ترىٰ أنهما لو تبايعا عيناً بدَيْنٍ، ثم تصادقا أنْ لا دَيْنَ: لا يبطلُ البيعُ، فينعقدُ صحيحاً.

قال: (ولا يجوزُ التصرُّفُ في رأسِ مالِ السلمِ والمسلَمِ فيه قبلَ القبض).

أما الأولُ: فلِمَا فيه من تفويتِ القبضِ المستَحَقِّ بالعقد.

---

(١) وهو مشتملٌ علىٰ بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته. البناية ٣٨/١١.

(٢) أي التسليم قبل الافتراق.

(٣) أي إلىٰ أجل معلوم.

(٤) أي إيفاء المسلَم فيه.

(٥) أي تحصيل المسلَم فيه، وهو ألا ينقطع.

ولا تجوزُ الشركةُ، ولا التوليةُ في المُسلَم فيه.

فإن تقايلا السلمَ: لم يكنْ له أن يشتريَ من المُسلَم إليه برأس المال شيئاً حتىٰ يَقبِضَه كلَّه.

وأما الثاني: فلأنَّ المسلَمَ فيه مَبيعٌ، والتصرُّفُ في المَبيعِ قبلَ القبضِ لا يجوز.

قال: (ولا تجوزُ الشركةُ، ولا التوليةُ في المُسلَم فيه)؛ لأنه تصرُّفٌ فيه.

قال: (فإن تقايلا السلمَ: لم يكنْ له أن يشتريَ من المُسلَم إليه برأس المالِ شيئاً حتىٰ يَقبِضَه كلَّه).

لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تأخُذْ إلا سَلَمَكَ، أو رأسَ مالِكَ»[1]، أي عند الفسخ.

ولأنه أَخَذَ شَبَهاً بالمَبيع، فلا يَحِلُّ التصرُّفُ فيه قبلَ قَبْضه.

وهذا لأن الإقالةَ بيعٌ جديدٌ في حقِّ ثالثٍ، ولا يُمكنُ جَعْلُ المسلَمِ فيه مَبيعاً؛ لسقوطه، فجُعِلَ رأسُ المالِ مبيعاً؛ لأنه دَيْنٌ مثلُه، إلا أنه لا يجبُ قَبْضُه في المجلس؛ لأنه ليس في حُكْمِ الابتداءِ من كلِّ وجهٍ.

وفيه خلافُ زفرَ رحمه الله، والحُجَّةُ عليه ما ذكرناه.

---

(١) سنن الدارقطني (٢٩٧٧)، روي مرفوعاً وموقوفاً، وروي بهذا اللفظ عن ابن عمر رضي الله عنهما موقوفاً في مصنف ابن أبي شيبة (٢٠٠٠٦)، بإسناد جيد، كما في الدراية ٢/١٦٠، سنن البيهقي ٦/٢٧، وينظر نصب الراية ٤/٥١.

ومَن أسلم في كُرِّ حنطةٍ، فلَمَّا حَلَّ الأجلُ اشترىٰ المسلَمُ إليه من رجلٍ كُرًّا، وأَمَرَ ربَّ السلمِ بقَبْضه قضاءً: لم يكن قضاءً.

وإن أَمَرَه أن يَقبضَه له، ثم يَقبِضَه لنفسه، فاكتاله له، ثم اكتاله لنفسه: جاز.

قال: (ومَن أسلم في كُرِّ حنطةٍ، فلَمَّا حَلَّ الأجلُ اشترىٰ المسلَمُ إليه من رجلٍ كُرًّا، وأَمَرَ ربَّ السلمِ بقَبْضِه قضاءً: لم يكن قضاءً.

وإن أَمَرَه أن يَقبضَه له، ثم يَقبِضَه لنفسه، فاكتاله له، ثم اكتاله لنفسه: جاز)؛ لأنه اجتمعتِ الصفقتان بشرطِ الكيل، فلا بدَّ من الكيلِ مرتين؛ لنهي النبي عليه الصلاة والسلام عن بيعِ الطعامِ حتىٰ يجريَ فيه الصاعان[1].

وهذا هو مَحمِلُ الحديث، علىٰ ما مَرَّ.

والسلمُ[2] وإن كان سابقاً، لكنْ قَبْضُ المسلَمِ فيه لاحِقٌ، وأنه بمنزلة ابتداء البيع؛ لأن العينَ غيرُ الدين حقيقةً وإن[3] جُعِلَ عينُه[4] في حَقِّ حُكْمٍ خاصٍّ، وهو حُرْمةُ الاستبدال، فيتحقَّقُ البيعُ بعد الشراء.

---

(١) سنن ابن ماجه (٢٢٢٨)، سنن الدارقطني ٣/٨، وله عدة أوجه إذا ضُمَّ بعضها إلىٰ بعض: قَوِيَ، ينظر البدر المنير ٦٥٢/١٦.

(٢) هذا جوابٌ عما يُقال: بيع المسلَم إليه مع رب السلم كان سابقاً علىٰ شراء المسلَم إليه من بائعه، فلا يكون المسلَم إليه بائعاً بعد الشراء، فلا تتحقق الصفقة الثانية؛ لتدخل تحت النهي. البناية ٤٤/١١.

(٣) إن: وصليةٌ هنا.

(٤) أي إن جُعل المقبوضُ عينَ الدين.

وإن لم يكن سَلَماً، وكان قَرْضاً، فأَمَرَه بقبض الكُرِّ: جاز.

ومَن أسلم في كُرٍّ، فأَمَرَ ربُّ السلمِ أن يَكيلَه المسلَمُ إليه، في غرائر ربِّ السلم، ففعل وهو غائبٌ: لم يكن قضاءً.

قال: (وإن لم يكن سَلَماً، وكان قَرْضاً، فأَمَرَه بقبضِ الكُرِّ: جاز)؛ لأن القرضَ إعارةٌ، ولهذا ينعقدُ بلفظِ الإعارة، فكان المردودُ عينَ المأخوذِ مطلقاً حُكْماً، فلا تجتمعُ الصفقتان.

قال: (ومَن أسلم في كُرٍّ، فأَمَرَ ربُّ السلمِ أن يكيلَه المسلَمُ إليه، في غرائرِ[1] ربِّ السلم، ففعل وهو غائبٌ: لم يكن قضاءً)؛ لأن الأمرَ بالكيل لم يصح؛ لأنه لم يصادِفْ مِلْكَ الآمرِ؛ لأن حَقَّه في الدَّيْن، دونَ العين، فصار المسلَمُ إليه مستعيراً للغَرَائر منه، وقد جَعَلَ مِلْكَ نفسه فيها، فصار كما لو كان عليه دراهمُ دينٌ[2]، فدَفَعَ إليه كيساً ليَزِنَها المديونُ فيه: لم يَصِرِ قابضاً.

ولو كانت الحنطةُ مُشتراةً، والمسألةُ بحالها: صار قابضاً؛ لأن الأمرَ قد صحَّ، حيث صادَفَ مِلْكَه؛ لأنه مَلَكَ العينَ بالبيع.

ألا ترىٰ أنه لو أَمَرَه بالطحن: كان الطحينُ في السَّلَم: للمسلَم إليه، وفي الشراء: للمشتري؛ لصحة الأمر.

وكذا إذا أَمَرَه أن يَصُبَّه في البحر في السلم: يَهلِكُ من مال المسلَم إليه، وفي الشراء: من مالِ المشتري، ويتقرَّرُ الثمنُ عليه؛ لِمَا قلنا.

---

(١) جَمْعُ: غِرَارة، التي لِلتِّبْن. البناية ٤٥/١١، وفي المعجم الوسيط ٦٤٨/٢: وعاءٌ من الخَيْش ونحوه، يُوضَعُ فيه القمحُ ونحوه، وهو أكبر من الجُوالَق.

(٢) وفي نُسخ: دينٍ. بالكسر، علىٰ الإضافة.

. . . .

ولهذا يُكتفىٰ بذلك الكيل في الشراء، في الصحيح؛ لأنه نائبٌ عنه في الكيلِ، والقبضُ[١]: بالوقوع في غرائر المشتري.

ولو أَمَرَه في الشراءِ أن يكيلَه في غرائر البائع، ففعل: لم يَصِرْ قابضاً؛ لأنه استعار غرائرَه، ولم يقبِضْها، فلا تصيرُ الغَرَائرُ في يده، فكذا ما يقعُ فيها[٢]، وصار كما لو أَمَرَه أن يكيلَه، ويَعزِلَه في ناحيةٍ من بيت البائع؛ لأن البيتَ بنواحيه في يدِه، فلم يَصِرِ المشتري قابضاً.

ولو اجتمع الدَّيْنُ والعينُ والغرائرُ للمشتري: إن بدأ بالعين: صار قابضاً، أما العينُ: فلصحة الأمرِ فيه، وأما الدَّيْنُ: فلاتصاله بمِلكِه، وبمثله يصيرُ قابضاً، كمَن استقرض حنطةً وأَمَرَه أن يَزرَعَها في أرضِه، وكمَن دَفَعَ إلىٰ صائغٍ خاتَماً وأَمَرَه أن يَزيدَه[٣] من عنده نصفَ دينار.

وإن بدأ بالدَّيْن: لم يَصِرْ قابضاً، أما الدَّيْنُ: فلعدم صحة الأمر، وأما العينُ: فلأنه خَلَطَه بمِلكِه قبل التسليم إلىٰ المشتري، فصار مستهلِكاً[٤] عند أبي حنيفة رحمه الله، فينتقضُ البيعُ، وهذا الخَلْطُ غيرُ مَرْضِيٍّ به من جهته؛ لجواز أن يكون مرادُه البدايةَ بالعين.

---

(١) بالرفع، أي وحصل القبض. البناية ١١/٤٦.

(٢) أي في الغرائر، وفي نُسخ: فيه. البناية ١١/٤٧.

(٣) أي يزيد الخاتمَ.

(٤) أي صار البائع مستهلِكاً للمبيع.

ومَن أسلم جاريةً في كُرِّ حنطةٍ، وقَبَضَها المسلَمُ إليه، ثم تقايلا، فماتت في يدِ المسلَم إليه: فعليه قيمتُها يومَ قَبَضَها.

ولو تقايلا بعد هلاكِ الجارية: جاز.

ولو اشترىٰ جاريةً بألفِ درهمٍ، ثم تقايلا، فماتت في يد المشتري: بطلت الإقالةُ.

وعندهما: هو بالخيار: إن شاء نَقَضَ البيعَ، وإن شاء شاركَه في المخلوط؛ لأن الخَلْطَ ليس باستهلاكٍ عندهما.

قال: (ومَن أسلم جاريةً في كُرِّ حنطةٍ، وقَبَضَها المسلَمُ إليه، ثم تقايلا، فماتت في يدِ المسلَم إليه[1]: فعليه قيمتُها يومَ قَبَضَها[2].

ولو تقايلا بعد هلاكِ الجارية: جاز[3])؛ لأن صحةَ الإقالةِ تعتمدُ بقاءَ العقد، وذلك بقيامِ المعقودِ عليه، وفي السلمِ المعقودُ عليه إنما هو المسلَمُ فيه، فصحَّتِ الإقالةُ حالَ بقائه، وإذا جاز ابتداءً: فأَولىٰ أن يبقىٰ انتهاءً؛ لأن البقاءَ أسهلُ.

وإذا انفسخ العقدُ في المسلَمِ فيه: انفسخ في الجارية تَبَعاً، فيجبُ عليه ردُّها وقد عَجَزَ، فيجبُ عليه ردُّ قيمتِها.

قال: (ولو اشترىٰ جاريةً بألفِ درهمٍ، ثم تقايلا، فماتت في يد المشتري: بطلت الإقالةُ.

---

(١) وفي نُسخ: المشتري.

(٢) أي صاحب العقد، وفي نُسخ: يومَ قَبْضِها. بالإضافة.

(٣) أي التقايل، وفي بداية المبتدي ص٤٤٩ زيادة: جاز، وعليه قيمتُها.

ولو تقايلا بعد موتها : فالإقالةُ باطلةٌ .

ومَن أسلم إلىٰ رجلٍ دراهمَ في كُرِّ حنطةٍ، فقال المسلَمُ إليه : شرطتُ لك رديئاً، وقال ربُّ السلم : لم تَشترطْ شيئاً : فالقولُ قولُ المسلَمِ إليه .

ولو تقايلا بعد موتها: فالإقالةُ باطلةٌ)؛ لأن المعقودَ عليه في البيع إنما هو الجاريةُ، فلا يبقىٰ العقدُ بعد هلاكها، فلا تصحُّ الإقالةُ ابتداءً، ولا تبقىٰ انتهاءً؛ لانعدام مَحَلِّه.

وهذا بخلاف بيعِ المقايضة[1]؛ حيثُ تصحُّ الإقالةُ، وتبقىٰ بعد هلاك أحدِ العوضين؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما مَبيعٌ فيه من وَجْه.

قال: (ومَن أسلم إلىٰ رجلٍ دراهمَ في كُرِّ حنطةٍ، فقال المسلَمُ إليه: شرطتُ لك رديئاً، وقال ربُّ السلم: لم تَشترطْ شيئاً: فالقولُ قولُ المسلَمِ إليه)؛ لأن ربَّ السلمِ مُتَعَنِّتٌ في إنكاره الصحةَ؛ لأن المسلَم فيه يربو علىٰ رأسِ المالِ في العادة.

وفي عكسه قالوا[2]: يجبُ أن يكون القولُ لربِّ السلم عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه يدعي الصحةَ وإن كان صاحبُه منكِراً.

وعندهما: القولُ قولُ المسلَم إليه؛ لأنه مُنْكِرٌ وإن أنكر الصحةَ، وسنُقرِّرُه من بعدُ إن شاء الله تعالىٰ.

---

(١) بالياء: أي بيع العين بالعين، أي بيع السلعة بالسلعة.

(٢) أي المشايخُ رحمهم الله.

ولو قال المسلَمُ إليه: لم يكن له أَجَلٌ، وقال ربُّ السلم: بل كان له أَجَلٌ: فالقولُ قولُ ربِّ السلم.

قال: (ولو قال المسلَمُ إليه: لم يكن له أَجَلٌ، وقال ربُّ السلم: بل كان له أَجَلٌ: فالقولُ قولُ ربِّ السلم)؛ لأن المسلَم إليه مُتَعَنِّتٌ في إنكاره حقًّا له، وهو الأجلُ، والفسادُ لعدم الأجلِ غيرُ متيقَّنٍ به؛ لمكان الاجتهادِ، فلا يُعتبرُ النفعُ في ردِّ رأسِ المال، بخلاف عدمِ الوصف.

وفي عكسه: القولُ قولُ ربِّ السلم عندهما؛ لأنه يُنكِرُ حقاً له عليه، فيكون القولُ قولَه وإن أنكر الصحةَ.

كربِّ المال إذا قال للمضارب: شَرَطتُ لكَ نصفَ الربحِ إلا عشرةَ دراهم[1]، وقال المضاربُ: لا، بل شَرَطتَ لي نصفَ الربح: فالقولُ لربِّ المال؛ لأنه يُنكِرُ استحقاقَ زيادةِ الربحِ عليه وإن أنكر الصحةَ.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: القولُ للمسلَمِ إليه؛ لأنه يدعي الصحةَ، وقد اتفقا علىٰ عقدٍ واحدٍ، فكانا متَّفِقَيْن علىٰ الصحة ظاهراً.

بخلاف مسألةِ المضاربة؛ لأنه ليس بلازمٍ، فلا[2] يُعتبرُ الاختلافُ فيه، فيبقىٰ مجردُ دعوىٰ استحقاقِ الربح فيه، أما السلمُ: لازمٌ.

فصار الأصلُ أنَّ مَن خَرَجَ كلامُه تعنُّتاً: فالقولُ لصاحبه، بالاتفاق، وإن خَرَجَ خصومةً، ووقع الاتفاقُ علىٰ عقدٍ واحدٍ: فالقولُ لمدعي الصحة عنده.

---

(١) وجاء خطأً في نُسخ: نصف الربح وزيادة عشرة دراهم. البناية ١١/٥٤.

(٢) وفي نُسخ: فلم.

ويجوزُ السلمُ في الثيابِ إذا بَيَّنَ طُوْلاً وعَرْضاً ورُقْعةً.

ولا يجوزُ السلمُ في الجواهر، ولا في الخَرَز.

ولا بأس بالسلم في اللَّبِنِ، والآجُرِّ إذا سَمَّىٰ مِلْبَناً معلوماً.

وكلُّ ما أمكنَ ضَبْطُ صفتِه، ومعرفةُ مقدارِه: جاز السلمُ فيه.

وعندهما: للمنكِر وإن أنكر الصحةَ.

قال: (ويجوزُ السلمُ في الثيابِ إذا بَيَّنَ طُوْلاً وعَرْضاً ورُقْعةً)؛ لأنه أسلم في معلومٍ، مقدورِ التسليم، علىٰ ما ذكرنا.

وإن كان في ثوبِ حريرٍ: لا بدَّ من بيان وَزْنِه أيضاً؛ لأنه مقصودٌ فيه، فلا بدَّ من البيان.

قال: (ولا يجوزُ السلمُ في الجواهر، ولا في الخَرَز)؛ لأنَّ آحادَها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً.

وفي صِغار اللؤلؤ التي تُباعُ وزناً: يجوزُ السلمُ؛ لأنه مما يُعلَمُ بالوزن.

قال: (ولا بأس بالسلم في اللَّبِنِ، والآجُرِّ إذا سَمَّىٰ[1] مِلْبَناً معلوماً)؛ لأنه عدديٌّ متقارِبٌ، لا سيما إذا سَمَّىٰ المِلْبَنُ.

قال: (وكلُّ ما أمكنَ ضَبْطُ صفتِه، ومعرفةُ مقدارِه: جاز السلمُ فيه)؛ لأنه لا يُفضِي إلىٰ المنازعة.

---

(١) وفي نُسخ: سُمِّيَ. بالمبني للمجهول، والمِلبَن: هو الآلة.

وما لا تُضبَطُ صفتُه، ولا يُعرَفُ مقدارُه: لا يجوز السلمُ فيه.

ولا بأسَ بالسلم في طَسْتٍ، أو قُمْقُمٍ، أو خُفَّيْن، أو نحوِ ذلك، إذا كان يُعرَفُ ذلك.

وإن كان لا يُعرَفُ: فلا خيرَ فيه.

وإن استصنَعَ شيئاً من ذلك بغير أجلٍ: جاز

(وما لا تُضبَطُ صفتُه، ولا يُعرَفُ مقدارُه: لا يجوز السلمُ فيه)؛ لأنه دَيْنٌ، وبدون الوصف: يبقىٰ مجهولاً جهالةً تُفضي إلىٰ المنازعة.

قال: (ولا بأسَ بالسلم في طَسْتٍ، أو قُمْقُمٍ[1]، أو خُفَّيْن، أو نحوِ ذلك، إذا كان يُعرَفُ ذلك)؛ لاستَجْماعِ شرائطِ السلم.

قال: (وإن كان لا يُعرَفُ: فلا خيرَ فيه[2])؛ لأنه دينٌ مجهولٌ.

قال: (وإن استصنَعَ شيئاً من ذلك بغير أجلٍ: جاز)؛ استحساناً؛ للإجماع الثابت بالتعامل.

وفي القياس: لا يجوز؛ لأنه بيعُ المعدوم.

والصحيحُ أنه يجوزُ بيعاً، لا عِدَةً، والمعدومُ قد يُعتبرُ موجوداً حُكْماً، والمعقودُ عليه: العينُ، دونَ العمل، حتىٰ لو جاء به مفروغاً، لا مِن صَنْعته، أو مِن صَنْعتِه قبلَ العقد، فأخذه: جاز.

---

(١) وفي نُسخ: قمقمة. قال في المصباح المنير (قمم): قد يؤنث القُمقم بالهاء.

(٢) أي لا يجوز.

وهو بالخيار إذا رآه : إن شاء أَخَذَه، وإن شاء تَرَكَه.

ولا يتعيَّن إلا بالاختيار[١]، حتىٰ لو باعه الصانعُ قبلَ أن يراه المُسْتَصْنِعُ: جاز، وهذا كلُّه هو الصحيح.

قال: (وهو[٢] بالخيار إذا رآه[٣]: إن شاء أَخَذَه، وإن شاء تَرَكَه)؛ لأنه اشترىٰ شيئاً لم يَرَه.

ولا خيارَ للصانع، كذا ذَكَرَه في «المبسوط[٤]»، وهو الأصح؛ لأنه باع ما لم يره.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أن له الخيارَ أيضاً؛ لأنه لا يُمكنُه تسليمُ المعقودِ عليه إلا بضررٍ، وهو قَطْعُ الصَّرْمِ[٥]، وغيرِه[٦].

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا خيارَ لهما: أما الصانع: فلِمَا ذكرنا.

وأما المستصنِعُ: فلأنَّ في إثبات الخيارِ له إضراراً بالصانع؛ لأنه ربما لا يشتريه غيرُه بمثله.

ولا يجوزُ فيما لا تَعَامُلَ فيه للناس، كالثياب؛ لعدم المُجوِّزِ.

---

(١) أي اختيار المشتري.

(٢) أي المُستصنِع.

(٣) قوله: إذا رآه: مثبتٌ في بداية المبتدي ص٤٥٠، وفي طبعات الهداية القديمة.

(٤) أي الأصل للإمام محمدٰ رحمه الله.

(٥) بفتح الصاد، هو الجلد. البناية ١١/٦٢.

(٦) مثل إتلاف الخيط في خَرْزه.

. . . .

وفيما فيه تعامُلٌ: إنما يجوزُ إذا أَمكنَ إعلامُه بالوصف؛ ليُمكنَ التسليمُ.

وإنما قال[1]: بغير أجلٍ: لأنه لو ضَرَبَ الأجلَ فيما فيه تعامُلٌ: يصيرُ سَلَماً عند أبي حنيفة رحمه الله، خلافاً لهما.

ولو ضَرَبَه فيما لا تعامُلَ فيه: يصيرُ سَلَماً، بالاتفاق.

لهما: أن اللفظَ حقيقةٌ للاستصناع، فيُحافَظُ علىٰ قضيَّته، ويُحمَلُ الأجلُ علىٰ التعجيل.

بخلاف ما لا تعامُلَ فيه: لأنه استصناعٌ فاسِدٌ، فيُحمَلُ علىٰ السلم الصحيحِ.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنه دَيْنٌ يَحتمِلُ السلمَ، وجوازُ السلمِ بإجماعٍ لا شبهةَ فيه، وفي تعامُلهمُ الاستصناعَ: نوعُ شبهةٍ، فكان الحَمْلُ علىٰ السلم أَوْلىٰ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي الإمام محمد رحمه الله في أول المسألة. البناية ١١/٦٣.

مسائلُ مَنْثورةٌ

ويجوزُ بيعُ الكلبِ، والفهدِ، والسِّبَاعِ.
المعلَّمُ وغيرُ المعلَّم في ذلك : سواءٌ.

مسائلُ مَنْثورةٌ[1]

تتصل بالبيوع

قال: (ويجوزُ بيعُ الكلبِ، والفهدِ، والسِّبَاعِ.
المعلَّمُ وغيرُ المعلَّم[2] في ذلك: سواءٌ).

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يجوز بيعُ الكلبِ العَقُورِ؛ لأنه غيرُ منتَفَعٍ به.

وقال الشافعي[3] رحمه الله: لا يجوزُ بيع الكلب؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: « ثمنُ الكلب خبيثٌ»[4].

---

(١) وفي نُسخ: مسائل متفرقة.

(٢) لأن غير المعلَّم يمكن أن يُنتَفع به في غير الاصطياد، نحو حفظ بيت صاحبه، ومَنْع دخول الأجانب فيه. البناية ١١/٦٥.

(٣) الحاوي الكبير ٥/٣٧٥.

(٤) صحيح مسلم ١٥٦٨.

ولا يجوز بيعُ الخمرِ، والخِنزير.

ولقوله عليه الصلاة والسلام: «إن مِنَ السُّحْتِ: مهرَ البَغِيِّ، وثمنَ الكلبِ»(١).

ولأنه نَجِسُ العين، والنجاسةُ تُشعِرُ بهَوَان المَحَلِّ، وجوازُ البيع يُشعِرُ بإعزازه، فكان منتفِياً.

ولنا أنه عليه الصلاة والسلام نهىٰ عن بيع الكلب، إلا كلبَ صيدٍ، أو ماشيةٍ(٢).

ولأنه منتَفَعٌ به حِراسةً واصطياداً، فكان مالاً، فيجوز بيعُه.

بخلاف الهَوَامِّ المؤْذِيَة؛ لأنه لا يُنتَفَعُ بها.

والحديثُ محمولٌ علىٰ الابتداء(٣)؛ قَلْعاً لهم عن الاقتناء.

ولا نُسلِّمُ نجاسةَ العين، ولو سُلِّمَ: فيَحرُمُ التناولُ في الأكل(٤)، دون البيع.

قال: (ولا يجوز بيعُ الخمرِ، والخِنزير).

---

(١) صححه ابن حبان (٤٩٤١)، الدراية ٢/١٦١.

(٢) في صحيح البخاري (٢٢٣٧): نهىٰ عن ثمن الكلب، وفي الترمذي (١٢٨١): «نهىٰ عن ثمن الكلب إلا كلب صيد»، الدراية ٢/١٦١.

(٣) أي حالة ابتداء الإسلام.

(٤) قوله: في الأكل: مثبتٌ في نسخة السليمانية، برقم ٦٤٤، دون غيرها.

وأهلُ الذِّمَّة في البِيَاعات : كالمسلمين .

إلا في الخمرِ والخنزيرِ خاصةً، فإنَّ عَقْدَهم علىٰ الخمر : كعقد المسلم علىٰ العصير، وعَقْدَهم علىٰ الخنزير : كعقد المسلمِ علىٰ الشاة .

لقوله عليه الصلاة والسلام: «إن الذي حَرَّمَ شُرْبَها: حرَّم بيعَها، وأكْلَ ثمنِها»[١].

ولأنه ليس بمالٍ[٢] في حَقِّنا، وقد ذكرناه.

قال: (وأهلُ الذِّمَّة في البِيَاعات: كالمسلمين)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام في ذلك الحديث: «فأعلِمْهُم أنَّ لهم ما للمسلمين، وعليهم ما علىٰ المسلمين»[٣].

ولأنهم مكلَّفونَ محتاجونَ[٤]، كالمسلمين.

قال: (إلا في الخمرِ والخنزيرِ خاصةً، فإنَّ عَقْدَهم علىٰ الخمر: كعقد المسلم علىٰ العصير، وعَقْدَهم علىٰ الخنزير: كعقد المسلمِ علىٰ الشاة)؛ لأنها أموالٌ في اعتقادهم، ونحنُ أُمِرْنا بأنْ نتركَهم وما يعتقدون[٥].

---

(١) بمعناه في صحيح مسلم (١٥٧٩).

(٢) أي ليس بمال متقوِّم.

(٣) قال في الدراية ٢/١٦٢: لم أجده هكذا. اهـ، أي كما ذَكَرَ المصنِّف، وأراد بالحديث: حديث معاذ رضي الله عنه لما بعثه صلىٰ الله عليه وسلم إلىٰ اليمن، وهو في الصحيحين وغيرهما.

(٤) أي في المعاملات.

(٥) تقدم تخريجه في النكاح، في فصل إذا تزوج النصراني النصرانية.

ومَن قال لغيره : بِعْ عبدَكَ من فلانٍ بألفِ درهمٍ علىٰ أني ضامنٌ لك خمسَمائةٍ من الثمن، سوىٰ الألف، ففَعَلَ : فهو جائزٌ، ويأخذُ الألفَ من المشتري، والخمسَمائة من الضامن.

وإن كان لم يَقُلْ : من الثمن : جاز البيعُ بألفٍ، ولا شيءَ علىٰ الضمين.

دلَّ عليه[1] قولُ عمرَ رضي الله عنه: «ولُّوْهُم بيعَها، وخُذُوا العُشرَ من أثمانِها»[2].

قال: (ومَن قال لغيره: بِعْ عبدَكَ من فلانٍ بألفِ درهمٍ علىٰ أني ضامنٌ لك خمسَمائةٍ من الثمن، سوىٰ الألف، ففَعَلَ: فهو جائزٌ، ويأخذُ الألفَ من المشتري، والخمسَمائة من الضامن.

وإن كان لم يَقُلْ: من الثمن: جاز البيعُ بألفٍ، ولا شيءَ علىٰ الضمين).

وأصلُه: أن الزيادةَ في الثمنِ والمُثمَنِ جائزةٌ عندنا، وتَلتَحِقُ بأصل العقد.

خلافاً لزفرَ والشافعيِّ[3] رحمهما الله؛ لأنه تغييرٌ للعقد من وَصْفٍ مشروعٍ إلىٰ وَصْفٍ مشروعٍ، وهو كونُه عَدْلاً[4]، أو خاسراً، أو رابحاً.

---

(١) أي علىٰ أننا أُمِرْنا بأن نتركهم وما يعتقدون.

(٢) مصنف عبد الرزاق (٩٨٨٦)، الدراية ٢/١٦٢.

(٣) نهاية المطلب ٦/١٣٢.

(٤) بأن يكون الثمن مساوياً لقيمة المبيع، فلا تكون خسارة. البناية ١١/٧٢.

ومَن اشترىٰ جاريةً، ولم يَقبِضْها حتىٰ زوَّجَها، فوطئها الزوجُ: فالنكاحُ جائزٌ، وهذا قَبْضٌ، وإن لم يطأها: فليس بقَبْضٍ.

ثم قد لا يستفيدُ المشتري بها شيئاً، بأن زاد في الثمن، وهو يساوي المبيعَ بدونها[1]، فيصحُّ اشتراطُها[2] علىٰ الأجنبيِّ، كبدل الخُلع، لكنْ مِن شَرْطِها: المقابلةُ، تسميةً وصورةً.

فإذا قال: من الثمن: وُجِدَ شرطُها[3]، فيصحُّ، وإذا لم يقل: لم يوجد، فلم يصحَّ.

قال: (ومَن اشترىٰ جاريةً، ولم يَقبِضْها حتىٰ زوَّجَها، فوطئها الزوجُ: فالنكاحُ جائزٌ)؛ لوجود سببِ الولاية، وهو الملكُ في الرقبة علىٰ الكمال، وعليه المهرُ[4].

(وهذا قَبْضٌ)؛ لأن وَطْءَ الزوجِ حَصَلَ بتسليطٍ من جهته، فصار فِعْلُه كفعلِه.

(وإن لم يطأها: فليس بقَبْضٍ).

والقياسُ أن يصيرَ قابضاً؛ لأنه تعييبٌ حكميٌّ، فيُعتبرُ بالتعييب الحقيقي.

---

(١) أي بدون الزيادة.

(٢) أي الزيادة، وفي نُسخ: اشتراطه. والتقدير: أي اشتراط الثمن. البناية ١١/٧٣.

(٣) أي المقابلة. وفي نُسخ: شرطه.

(٤) قوله: وعليه المهر: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

ومَن اشترىٰ عبداً، فغاب المشتري قبلَ إيفاءِ الثمنِ والقبضِ، فأقام البائعُ البينةَ علىٰ أنه باعه إياه، ولم يقبضِ الثمنَ، فإن كانت غَيْبةً معروفةً: لم يُبَعْ في دَيْنِ البائع.

وإن لم يُدْرَ أين هو: بِيْعَ العبدُ، وأُوْفِيَ الثمنُ.

وجهُ الاستحسان: أنَّ في الحقيقيِّ استيلاءً علىٰ المَحَلِّ، وبه يصيرُ قابضاً، ولا كذلك الحكميُّ، فافترقا.

قال: (ومَن اشترىٰ عبداً، فغاب المشتري قبلَ إيفاءِ الثمنِ والقبضِ[1]، فأقام البائعُ البينةَ علىٰ أنه باعه إياه، ولم يَقبضِ الثمنَ، فإن كانت غَيْبةً معروفةً: لم يُبَعْ في دَيْنِ البائع).

لأنه يُمكنُ إيصالُ البائعِ إلىٰ حقِّه بدون البيع، وفيه إبطالُ حقِّ المشتري.

قال: (وإن لم يُدْرَ أين هو: بِيْعَ العبدُ[2]، وأُوْفِيَ الثمنُ)؛ لأن ملكَ المشتري ظَهَرَ بإقراره، فيظهرُ علىٰ الوجه الذي أقرَّ به مشغولاً بحقِّه.

وإذا تعذَّر استيفاؤه من المشتري: يَبيعُه القاضي فيه، كالراهن إذا مات، والمشتري إذا مات مفلساً، والمبيعُ لم يُقبض.

بخلاف ما بعد القبض؛ لأن حَقَّه لم يَبقَ متعلِّقاً به.

---

(١) ولم يدفع الثمن إلىٰ البائع، والحال أن العبد في يد البائع. البناية ١١/٧٤.

(٢) أي في دين البائع، وفي بداية المبتدي ص٤٥٢: يبيع القاضي العبدَ، وأوفىٰ بالثمن.

فإن كان المشتري اثنين، فغاب أحدُهما : فللحاضر أن يَدفعَ الثمنَ كلَّه، ويَقبِضَه، وإذا حَضَرَ الآخَرُ : لم يأخذ نصيبَه حتىٰ يَنقُدَ شريكَه الثمنَ كلَّه، وهذا قولُ أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله : إذا دَفَعَ الحاضرُ الثمنَ كلَّه : لم يَقبِضْ إلا نصيبَه، وكان متطوِّعاً بما أدَّىٰ عن صاحبه.

ثم إن فَضَلَ شيءٌ: يُمسَكُ للمشتري؛ لأنه بدلُ حقِّه، وإن نَقَص[1]: يَتَّبِعُ هو أيضاً[2].

قال: (فإن كان المشتري اثنين، فغاب أحدُهما: فللحاضر أن يَدفعَ الثمنَ كلَّه، ويَقبِضَه، وإذا حَضَرَ الآخَرُ: لم يأخذ نصيبَه حتىٰ يَنقُدَ شريكَه الثمنَ كلَّه، وهذا قولُ أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا دَفَعَ الحاضرُ الثمنَ كلَّه: لم يَقبِضْ إلا نصيبَه، وكان متطوِّعاً بما أدَّىٰ عن صاحبه)؛ لأنه قضىٰ دينَ غيرِه بغير أمرِه، فلا يَرجعُ عليه، وهو أجنبيٌّ عن نصيبِ صاحبِه، فلا يَقبِضُه.

ولهما: أنه مضطرٌ فيه؛ لأنه لا يمكنُه الانتفاعُ بنصيبه إلا بأداء جميعِ الثمن؛ لأن البيعَ صفقةٌ واحدةٌ، وله حَقُّ الحَبْس ما بقيَ شيءٌ منه، والمضطرُ يَرجعُ، كمُعِير الرهن.

وإذا كان له أن يَرجِعَ عليه: كان له حَقُّ الحَبْسِ عنه إلىٰ أن يستوفيَ حَقَّه، كالوكيلِ بالشراءِ إذا قضىٰ الثمنَ من مالِ نفسه.

---

(١) أي نقص حقُّ البائع من ثمن العبد.

(٢) أي يتَّبعُ البائعُ المشتري، يعني يرجع البائع بالنقصان إذا ظفر به.

ومَن اشترىٰ جاريةً بألفِ مثقالِ ذهبٍ وفضةٍ : فهما نصفان .

ومَن له علىٰ آخَرَ عشرةُ دراهمَ جِيَادٍ، فقضاه زُيوفاً، وهو لا يَعلم به، فأنْفَقَها، أو هَلَكَتْ : فهو قضاءٌ عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله .

وقال أبو يوسف رحمه الله : يَرُدُّ مثلَ زُيوفِه، ويرجعُ بدراهمه الجِياد .

قال: (ومَن اشترىٰ جاريةً بألفِ مثقالِ ذهبٍ وفضةٍ: فهما نصفان)؛ لأنه أضاف المثقالَ إليهما علىٰ السواء، فيجبُ مِن كلٍّ واحدٍ منهما خمسُمائةِ مثقالٍ؛ لعدم الأَوْلوية.

ويمثله[1]: لو اشترىٰ جاريةً بألفٍ من الذهب والفضة: يجبُ من الذهب مثاقيلُ، ومن الفضة دراهمُ، وزنُها سبعةُ مثاقيل؛ لأنه أضاف الألفَ إليهما، فينصرفُ إلىٰ الوزنِ المعهودِ[2] في كلٍّ واحدٍ منهما.

قال: (ومَن له علىٰ آخَرَ عشرةُ دراهمَ جِيَادٍ، فقضاه زُيوفاً، وهو لا يَعلم به، فأنْفَقَها، أو هَلَكَتْ: فهو قضاءٌ[3] عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يَرُدُّ مثلَ زُيوفِه، ويرجعُ بدراهمه الجِياد)؛ لأن حقَّه في الوصف مَرْعيٌّ، كهو في الأصل، ولا يمكنُ رعايتُه بإيجابِ ضمانِ الوصف؛ لأنه لا قيمةَ له عند المقابلةِ بجنسه، فوَجَبَ المصيرُ إلىٰ ما قلنا.

---

(١) أي بمثل المذكور.

(٢) المعهود في الذهب: المثقال، والمعهود في الفضة: الدرهم. البناية ١١/٧٧.

(٣) أي لحقِّه، يعني يكون مؤدياً ما عليه من تلك الدراهم، ولا يبقىٰ عليه شيء.

وإذا أفرخَ طيرٌ في أرضِ رجلٍ: فهو لمَن أَخَذَه.

وكذا إذا باض فيها.

وكذا إذا تَكَنَّس فيها ظبيٌ.

ولهما: أنه من جنسِ حَقِّه، حتىٰ لو تَجَوَّزَ[١] به فيما لا يجوزُ الاستبدالُ: جاز، فيقعُ به الاستيفاءُ، ولا يبقىٰ حَقُّه إلا في الجَوْدة، ولا يمكنُ تداركُها بإيجاب ضمانها[٢]؛ لِمَا ذكرنا.

وكذا بإيجاب ضمان الأصل؛ لأنه إيجابٌ له عليه، ولا نظيرَ له[٣].

قال: (وإذا أفرخَ[٤] طيرٌ في أرضِ رجلٍ: فهو لمَن أَخَذَه.

وكذا إذا باض فيها.

وكذا إذا تكَنَّس[٥] فيها ظبيٌ[٦])؛ لأنه مباحٌ سَبَقَتْ يدُه إليه.

---

(١) أي تساهل وتسامح.

(٢) إشارةٌ إلىٰ قوله: لأنه لا قيمةَ له عند المقابلة بجنسه، وفي نُسخة السليمانية برقم ٦٤٤: إلا بإيجاب.

(٣) أي في الشرع، إذ الجودة لا يمكن فيها الضمان شرعاً؛ لأنها عند المقابلة بالجنس: هَدَرٌ. البناية ٧٩/١١.

(٤) وفي نُسخ: فرَّخ.

(٥) أي دخل في الكِنَاس، وهو موضعه، وفي نُسَخٍ: تكسَّر، أي لو كَسَرَه أَحَدٌ: يكون له. البناية ٧٩/١١.

(٦) أي اتخذ الظبيُ له فيها كِناساً، أي بيتاً، ودخل فيه واختبأ. المغرب (كنس).

. . . .

ولأنه صيدٌ وإن[١] كان يُؤخَذُ بغير حِيْلةٍ، و«الصيدُ لمَن أَخَذَه»[٢].

وكذا البيضُ؛ لأنه أصلُ الصيد، ولهذا يجب الجزاءُ علىٰ المُحرِمِ بكسره، أو شَيِّه.

وصاحبُ الأرضِ لم يُعِدَّ أرضَه لذلك[٣]، فصار كنَصْبِ شبكةٍ للجَفَاف[٤].

وكذا إذا دخل الصيدُ دارَه، أو وَقَعَ ما نُثِرَ من السُّكَّر والدراهمِ في ثيابه[٥]: لم يكن له[٦]، ما لم يكُفَّه[٧]، أو كان مستعِدّاً له[٨].

---

(١) إن: هنا وصليةٌ.

(٢) قال في نصب الراية ٣١٨/٤ (الصيد): غريب، وفي الدراية ٢٥٦/٢: لم أجد له أصلاً، وقد نقل الزيلعي عن «التذكرة الأدبية»، لابن حمدون، حكايةً فيها ذِكْرُ هذا الحديث، وهي حكاية موضوعةٌ، كما قال الحافظ ابن حجر، وفي القصة ما فيها؟!!

وأنبه هنا إلىٰ أن المرغيناني ذكر هذا الحديث هنا، ولم يصرِّح بأنه حديث، ولذا لم يخرِّجه الزيلعي وابن حجر، ولا العيني في البناية ٨٠/١١، وذكره المؤلف أيضاً في كتاب الصيد، مصرِّحاً برفعه، ولذا خرَّجه الزيلعي ٣١٨/٤، وتَبِعَه ابنُ حجر.

(٣) أي لأجل فراخ الصيد، والواو: للحال.

(٤) أي نَشَرَها لأجل الجفاف والتنشيف، لا للصيد، فتعلَّق بها صيدٌ: فهو للآخذ.

(٥) وفي نُسخ: في حِجْره.

(٦) فهو لمن أخذه.

(٧) أي ما لم يضمَّ صاحبُ الثوب ثيابه، فإذا كان كفَّه: فهو له، دون غيره.

(٨) أي كان صاحب الثوب مستعداً للنِّثار، بأن قَصَدَه، وتهيَّأ له: فحينئذ يكون =

. . . .

بخلاف ما إذا عسَّلَ النحلُ في أرضه؛ لأنه عُدَّ من أَنْزالِه[1]، فيملكُه تَبَعاً لأرضه[2]، كالشجر النابت فيها، والترابِ المجتَمَعِ في أرضه بجريان الماء، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

* تمَّ الجزء الرابع، ويليه الجزء الخامس، ويبدأ بكتاب الصرف.

له ما وَقَعَ في ثيابه. البناية ١١/ ٨٠.

(١) الأنزال: بفتح الهمزة: جمع: النُّزُل، وهي الزيادة والفضل، وهو من ريع الأرض، وما يحصل منها. البناية ١١/ ٨٠.

(٢) حيث صار قائماً بأرضه علىٰ سبيل القرار، فصار تابعاً لها.

فهرس موضوعات الجزء الرابع

* * * * *

فهرس مجمل لكتاب الهداية كاملاً

فهرس الجزء الأول

فهرس الجزء الثاني

فهرس الجزء الثالث

فهرس الجزء الرابع

فهرس الجزء الخامس

فهرس الجزء السادس

فهرس الجزء السابع

* * * * *